

Universidad de Lima

Escuela de Posgrado

Maestría en Derecho Empresarial



¿ES VÁLIDA LA SANCIÓN IMPUESTA AL CONTRATISTA QUE DEJÓ CONSENTIR LA RESOLUCIÓN CONTRACTUAL DE LA ENTIDAD SIN ANALIZAR LA VALIDEZ DE LA MISMA?

Trabajo de investigación para optar el Grado Académico de Maestro en
Derecho Empresarial

Gerson Andree Del Castillo Gamarra
Código 20152597

Asesor: Antonio Román Calzada

Lima – Perú

Marzo de 2020



DEDICATORIA

A los seres que más admiro, agradezco y amo en mi vida, a Néstor Francisco Del Castillo Holgado y a Eva Raquel Gamarra Carbonelly, por tanto amor, formación, ejemplo y sacrificio que me han dado desde siempre y me siguen dando para siempre.

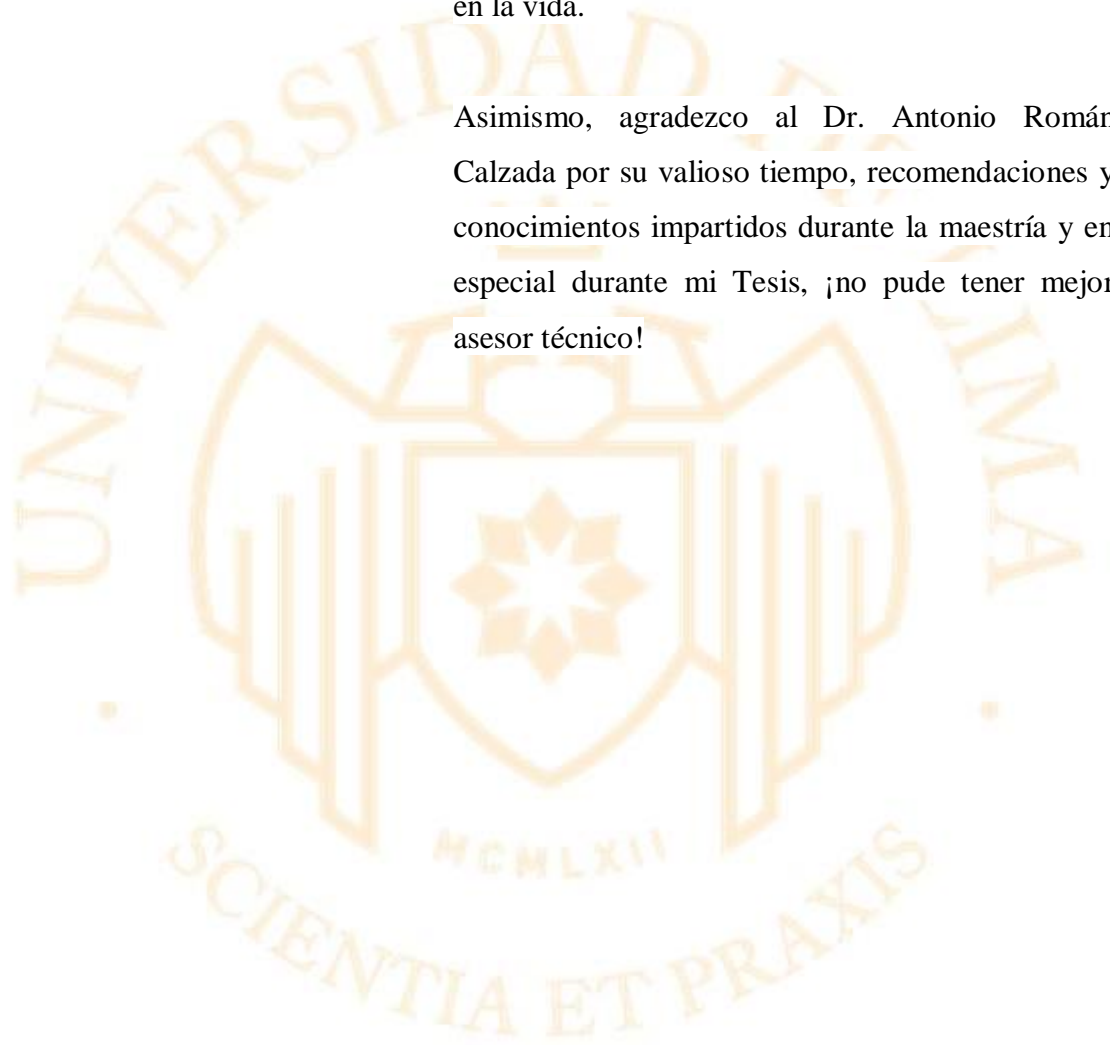
Gracias




AGRADECIMIENTO

Agradezco a mi maestro, a Eloy Iván Ugarte Casafranca por su valiosa amistad, momentos de enseñanzas y aprendizaje constante en la carrera y en la vida.

Asimismo, agradezco al Dr. Antonio Román Calzada por su valioso tiempo, recomendaciones y conocimientos impartidos durante la maestría y en especial durante mi Tesis, ¡no pude tener mejor asesor técnico!





**¿ES VÁLIDA LA SANCIÓN IMPUESTA AL
CONTRATISTA QUE DEJÓ CONSENTIR LA
RESOLUCIÓN CONTRACTUAL DE LA
ENTIDAD SIN ANALIZAR LA VALIDEZ DE
LA MISMA?**

TABLA DE CONTENIDO

RESUMEN	xii
INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I: LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO	5
1.1 Concepto de la Sanción	5
1.2 Regulación de la Sanción Administrativa	6
1.3 Objetivo de la Sanción Administrativa	6
1.4 Procedimiento Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado	7
1.4.1 Concepto	8
1.4.2 Regulación	9
1.4.3 Principios de la potestad sancionadora	9
1.4.4 Determinación de la Responsabilidad	24
1.4.5 Caracteres del Procedimiento Sancionador	26
1.4.6 Procedimiento	28
1.4.7 Suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado	30
1.4.8 Prescripción	32
1.5 Tipos de Sanciones que regula la Ley de Contrataciones del Estado	33
1.5.1 Concurrencia de infracciones	33
1.5.2 Notificación de las sanciones	34
1.5.3 Recurso de Reconsideración	34
1.6 Jurisprudencia emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado sobre el consentimiento de la resolución contractual	35
1.6.1 Casos que el contratista acudió a conciliación pero se archivó por inasistencia de las partes	37
1.6.2 Caso en donde el contratista acudió a la solución de controversia pero de forma extemporánea, y se indicó ante el tribunal que la entidad resolvió mal el contrato	38

1.6.3	Caso que se acude a arbitraje pero se archiva por falta de pago, y la entidad sanciona	39
1.6.4	Caso que a pesar de que el contratista cumplió el contrato pero no acudió a arbitraje, a pesar que se indicó ante la sala que no tienen responsabilidad se procedió a sancionar	41
1.6.5	Caso que a pesar de que el contratista indica a la sala que fue una resolución ilegal, igual se sancionó	43
1.7	Análisis sobre las sanciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado sobre el consentimiento de la resolución contractual	46

CAPÍTULO II: EL CONTRATO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

2.1	El Contrato Administrativo en las Contrataciones del Estado	50
2.1.1	Partes del Contrato en las Contrataciones del Estado	51
2.1.1.1	La Entidad Pública	52
2.1.1.2	El Contratista	54
2.1.2	Derechos y Obligaciones de las partes	55
2.1.2.1	Derechos y Obligaciones de la Entidad	55
2.1.2.2	Derechos y Obligaciones del Contratista	55
2.1.3	Características de los Contratos Administrativos	58
2.1.4	Tipos de Contratos según la Ley de Contrataciones del Estado ...	59
2.1.5	Las Cláusulas obligatorias contractuales según la Ley de Contrataciones del Estado	62
2.1.6	Perfeccionamiento de los Contratos según la Ley de Contrataciones del Estado	66
2.1.7	Cómputo de Plazos en la ejecución contractual	69
2.1.8	Las Obligaciones Esenciales contractuales en la Contrataciones del Estado	71
2.1.9	La Terminación de los Contratos según la Ley de Contrataciones del Estado	73
2.1.9.1	Cumplimiento de la Prestación	73
2.1.9.2	Vencimiento del plazo	75

2.1.9.3	La Resolución Contractual	75
2.1.9.3.1	Causales de Resolución Contractual	76
2.1.9.3.2	Procedimiento de Resolución Contractual ...	82
2.1.9.3.3	Efectos de la Resolución Contractual	84
2.1.9.3.4	Formas de Cuestionar la Resolución Contractual	85
2.1.10	La Nulidad del Contrato	86
2.1.10.1	Condiciones para declarar la Nulidad en el Procedimiento de Selección	86
2.1.10.2	Condiciones para declarar la Nulidad Contractual	87
2.1.10.3	Procedimiento de la declaración de Nulidad Contractual .	92
2.1.10.4	Consecuencias de la declaración de Nulidad Contractual	92
2.2	Solución de Controversias y los costos en las Contrataciones del Estado ...	92
2.2.1	La Conciliación	92
2.2.2	El Arbitraje	94
2.2.2.1	Concepto del Arbitraje	94
2.2.2.2	Características del Arbitraje	95
2.2.2.3	Regulación del Arbitraje	96
2.2.2.4	Plazos para iniciar Arbitraje según la Ley de Contrataciones del Estado y sus características	96
2.2.2.5	Los Árbitros	98
2.2.2.5.1	Inicio y Gastos Arbitrales	98
2.2.2.5.2	Solicitud de Inicio y Gastos	99
2.2.2.5.2.1	Según la Ley de Arbitraje	99
2.2.2.5.2.2	Según la Ley de Contrataciones del Estado y realizado ante el OSCE	99
2.2.2.5.2.3	Según el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima	102

2.2.2.5.2.4	Según el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú	105
2.2.2.5.2.5	De la nueva liquidación de honorarios	107
2.2.2.6	Otros Gastos Arbitrales	108
2.2.2.6.1	Costos Procesales	108
2.3	El Tribunal de Contrataciones del Estado	109
2.3.1	Concepto	109
2.3.2	Conformación del Tribunal de Contrataciones del Estado	109
2.3.3	Potestad Sancionadora	111
2.3.4	Funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado	111
2.3.4.1	Según la Ley de Contrataciones del Estado	112
2.3.4.2	Según el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE	112
CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LAS POSIBLES SOLUCIONES FRENTE AL PROBLEMA		114
3.1	Análisis del caso	114
3.2	Propuesta de solución	118
CONCLUSIONES		122
RECOMENDACIONES		124
REFERENCIAS		126
ANEXOS		129

INDICE DE TABLAS

Tabla 2.1: Cuadro comparativo de las causales de resolución contractual.....	77
Tabla 2.2: Cuadro comparativo del procedimiento para la resolución contractual...	78
Tabla 2.3: Honorarios de la Secretaria arbitral del OSCE.....	101
Tabla 2.4: Honorarios del Árbitro Único del OSCE.....	101
Tabla 2.5: Honorarios del Tribunal Arbitral del OSCE.....	102
Tabla 2.6: Gastos administrativos arbitrales en la Cámara de Comercio de Lima....	104
Tabla 2.7: Honorarios del Árbitro Único en la Cámara de Comercio de Lima.....	104
Tabla 2.8: Honorarios del Tribunal Arbitral en la Cámara de Comercio de Lima.....	105
Tabla 2.9: Gastos Administrativos y Honorarios Arbitrales en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.	107

INDICE DE ANEXOS

Anexo 1: Propuesta de proyecto de Ley	129
---	-----



RESÚMEN

La presente investigación se basa en la sanción que recibe un contratista o consultor, que por diversos motivos no ha podido acudir a un medio de resolución de conflictos, o de habiendo acudido se archiva por ser extemporáneo o no pudo asumir los gastos que ello conlleva, por lo que el Tribunal de Contrataciones del Estado , procede a iniciar un procedimiento administrativo sancionador con la intención de sancionar con una inhabilitación temporal o en otros casos, inhabilitación definitiva por dejar consentir la resolución contractual que la Entidad ha realizado al Contrato, que celebró el sancionado, sea por cualquier contratación que regule la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento.

Es así, que en el procedimiento administrativo sancionador, el contratista puede sustentar los motivos de la resolución contractual no fueron acorde a la norma o contrato y que se considere dicho motivo que por más que no acuda a conciliación y/o arbitraje, no sería idóneo sancionarlos, por lo que se desarrollará en la presente investigación varios casos de sanciones, conceptos de la figuras jurídicas y la aplicación de la misma, donde finalmente se propondrá una modificación normativa para salvaguardar los Derechos de los contratistas.

INTRODUCCIÓN

Las constantes modificaciones a la Ley de Contrataciones del Estado, y al Reglamento, como la Ley N° 30225, con su Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 082-2019-EF, y del mismo modo el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N° 344-2018-EF con su modificatoria.

La normativa de contrataciones del Estado regula que la Entidad o el contratista, pueden acudir a la solución de la controversia, vía conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles de ocurrido el hecho si se resuelve el contrato u otras circunstancias establecidas en la normativa.

Del mismo modo, indica que la resolución contractual realizada por la Entidad va a quedar consentida si cualquiera de las partes no acude a arbitraje o conciliación dentro del plazo de caducidad.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, va a iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra del contratista que dejó consentir la resolución efectuada por la Entidad, y por ende se le aplicará la sanción de inhabilitación temporal.

Es por ello que, el presente trabajo radica en el análisis de aplicar sanción por parte del Tribunal de contrataciones del Estado al momento de inhabilitar a un proveedor por dejar consentir la resolución contractual, que en adelante del presente trabajo llamaremos en general “contratista” y/o “investigado” que probablemente no incumplió el contrato y que la Entidad hizo uso abusivo de su poder.

A) Identificación del problema

¿Es razonable que el Tribunal de Contrataciones del Estado sancione a contratistas por la infracción prevista en el literal f) numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado sin verificar los supuestos de resolución contractual debido a que la misma no ha sido controvertida?

¿Es necesario modificar el artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado para dar la posibilidad al Contratista de fundamentar el consentimiento de la resolución contractual?

¿Es necesario modificar el artículo 59.1 de la Ley de Contrataciones del Estado y el literal f) del artículo 260 del Reglamento de la Ley de contrataciones del Estado para que el Tribunal pueda suspender el procedimiento administrativo sancionador a solicitud del contratista?

¿La Ley de Contrataciones del Estado sanciona al Contratista por motivos de forma o de fondo, en casos de consentimiento de la resolución contractual?

B) Marco teórico y estado del arte

En este punto, se tiene como marco teórico base la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225 con su Reglamento.

Del mismo modo, evaluar el Reglamento de Organización y Funciones (ROF) del OSCE y las funciones de los miembros del Tribunal de Contrataciones del Estado.

Estudio de los Derechos Constitucionales que podrían estar vinculados ante el actuar del Tribunal constitucional, y del mismo modo de los procedimientos administrativos sancionadores.

Verificar los costos y como es el procedimiento del arbitraje que evaluaría las resoluciones contractuales.

C) Justificación/importancia

La situación actual en el Perú, hace que todos los proveedores que contraten con el Estado busquen un cumplimiento a sus obligaciones contractuales y ello derive a un pago por la prestación sea de servicios, bienes u obras, y en varios de los casos, existan empresas que únicamente contraten con el Estado, o sino, que existen empresas que se apalancan mediante préstamos para poder cumplir con sus obligaciones contractuales y con el pago parcial y/o total del contrato, puedan solventar y cubrir los gastos incurridos y generar algún ingreso a la empresa.

Si una Entidad resuelve un contrato de una forma ilegal o de una forma que no se encuentre establecido en las bases, el contrato, o la Ley, va a conllevar a que el Tribunal de Contrataciones del Estado sea competente para decidir si aplicará o no una sanción al contratista por el supuesto incumplimiento contractual.

La Ley de Contrataciones del Estado faculta a las partes del contrato que, en el plazo de (30) treinta días hábiles puedan acudir a conciliación y/o arbitraje, hacer velar sus derechos y así poder cuestionar el supuesto incumplimiento contractual, pero dicho Derecho tiene un costo elevado en el mercado, más aún si utiliza montos en los Centros Arbitrales más conocidos y renombrados. Dicha facultad de decidir o no de acudir a arbitraje, y dejar consentir la resolución contractual, va a ocasionar que el Tribunal de Contrataciones del Estado, únicamente se dedique a verificar el cumplimiento de forma y no de fondo, esto quiere decir, que verificará si se dejó consentir la resolución contractual, con lo que procedería a aplicar sanción de inhabilitación en contra del mismo.

D) Objetivos

a. General

- Brindar un marco regulatorio más adecuado que permita a los contratistas tener más posibilidades de defensa y evitar ser sancionados por el Tribunal de Contrataciones del Estado al dejar consentir la resolución contractual efectuada por la Entidad

b. Específicos

- Incorporar un párrafo al Artículo 50.1 a la Ley N° 30225, indicando que a pedido del Contratista con fundamentos objetivos, que dejó consentir la resolución contractual, el Tribunal de Contrataciones del Estado, proceda a suspender el procedimiento administrativo sancionador, y remita al OSCE o al área pertinente de dicha entidad, para que proceda a evaluar si la resolución contractual fue o no causa atribuible al contratista, y con dicha opinión, el Tribunal de Contrataciones proceda a aplicar o no alguna sanción.
- Incorporar un numeral al Artículo 50 a la Ley N° 30225, indicando que el Tribunal de Contrataciones del Estado, a base de la opinión del OSCE que determinó que la resolución contractual fue ilegal o ha contravenido a la Base y/o contrato, se proceda a cursar a la Contraloría General de la República el expediente para que inicie un procedimiento administrativo sancionador en contra de los funcionarios por responsabilidad administrativa funcional por haber resuelto un contrato de forma ilegal o contraviniendo a las Bases y/o contrato.

- Incorporar un literal al Artículo 59.1, de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, que dentro de la función del Tribunal de Contrataciones del Estado, que, cuando ocurra el supuesto del artículo 50.1 f) de la Ley de contrataciones del Estado, que a pedido del Contratista y/o investigado con argumentos y pruebas objetivas, el Tribunal tenga la potestad de suspender el procedimiento administrativo sancionador.
- Incorporar un literal al Artículo 261.1° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, que se puede suspender el procedimiento administrativo sancionador hasta que el OSCE emita una decisión y/u opinión a pedido del contratista, referente al consentimiento de la resolución contractual realizado por la Entidad.
- Proponer que el Órgano de Control Institucional de cada Entidad, realice fiscalización posterior de los argumentos de resolución contractual por parte de los funcionarios y si éstos fueron acorde a Derecho, las Bases y al Contrato.

E) Hipótesis

Con la modificatoria que se propone de los artículos de la Ley de Contrataciones del Estado y su Reglamento, conllevará a que el Tribunal de Contrataciones del Estado, no permita abusos por parte de funcionarios del Estado que resolvieron un contrato de forma ilegal o en contra de las obligaciones esenciales del contratista.

En ese sentido, la jurisprudencia constante del Tribunal de Contrataciones del Estado, que sanciona con inhabilitación a los contratistas que decidieron consentir la resolución contractual y por ende decidieron no acudir al Arbitraje, resuelve el procedimiento sin evaluar el verdadero motivo de resolución, si fue legal o no.

Que el Contratista decida consentir la resolución contractual, no significa que reconozcan dicha resolución como correcta o cierta, sino que permitieron el consentimiento por decisión propia, como puede ser el económico.

Es así, que el Tribunal de Contrataciones del Estado, sanciona a los contratistas por el solo hecho de no cumplir con la formalidad establecida en la Ley, que es acudir a conciliación y/o arbitraje, y no sanciona por el incumplimiento del contrato que sería el fondo y verdadero objeto de la sanción.

CAPÍTULO I: LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA EN LAS CONTRATACIONES DEL ESTADO

1.1 Concepto de la Sanción

La sanción nace de la necesidad de reprimir a una persona, sea natural o jurídica por contravenir la ley, y reciba un castigo por su actuar, y de paso persuadir e indicar a la población de que cualquier acto contra la norma, conllevará a un castigo.

Es así que, se toma en consideración el concepto de sanción, que otorga el Dr. Sánchez Morón (2005), que indica:

La sanción es un signo de autoridad represiva, que se acciona frente a cualquier tipo de perturbación que se ocasione, y se traduce en el poder para reprimir a los individuos, sin hacer la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, por las infracciones al orden jurídico- administrativo (p. 651).

El Dr. Cortéz Tataje (2017) menciona un concepto de sanción, indicando “las infracciones administrativas, cuando sus supuestos hipotéticos se cumplen en la realidad, están vinculadas a consecuencias jurídicas denominadas sanciones administrativas” (p. 605).

Un concepto interesante lo define (Baca Oneto V. S., 2019), indicando:

Y este es el fundamento de la unidad del ius puniendi estatal: la idéntica naturaleza de castigo que tienen las penas y las sanciones. Por tanto, la sanción es un castigo, ya sea que la imponga la Administración o la imponga un juez. En ambos casos estamos ante el ejercicio de potestades “punitivas” por parte del poder público, de allí que sea común referirse al ius puniendi estatal, que es ejercido por los jueces cuando castigan las conductas consideradas como delictivas, y por la Administración cuando castiga las que son consideradas como infracciones. No obstante, lo que en ningún caso debe perderse de vista es que en ambos casos se trata de castigos (p. 316).

Es así, que en la presente investigación, se procederá a estudiar la sanción y a lo que recae, siendo un hecho objetivo y no subjetivo.

1.2 Regulación de la Sanción Administrativa

Al respecto, se tiene que considerar que en la investigación, se ceñirá al procedimiento administrativo sancionador, determinado en el TUO de la Ley N° 27444, Ley de Procedimiento Administrativo General, y lo regulado a la sanción por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado en el TUO de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, con su Reglamento.

Entonces, se puede tomar en cuenta el concepto de sanción administrativa indicada por (Gamero Casado & Fernández Ramos, 2005) señalando “la privación, restricción o suspensión de determinados derechos o bienes jurídicos del sujeto responsable de la infracción, precisamente como reacción –castigo– a la comisión de la misma”. (p. 365)

Es así, en el presente trabajo, se evaluará la sanción administrativa desde el punto de las Contrataciones del Estado y realizado por el Tribunal de Contrataciones del Estado.

1.3 Objetivo de la Sanción Administrativa

El objeto de la sanción administrativa es que la Entidad proceda a sancionar a un administrado – en este caso, contratista – de forma represiva aplicando multa o inhabilitación por su acto ilícito o incumplimiento de obligaciones.

Es así que la Entidad, al configurarse una de las causales del artículo 50.1° de la Ley de Contrataciones, va a cursar el expediente de contratación al Tribunal de Contrataciones del Estado para que proceda a aplicar sanción de multa, inhabilitación temporal o definitiva.

En ese sentido, se puede tomar en consideración lo señalado por (Cortéz Tataje, 2017), sobre la determinación de responsabilidad de la sanción:

Las sanciones administrativas están sometidas, por el mero hecho de serlo, a un conjunto de principios y reglas, lo cual implica, por ejemplo, si una determinada medida es una sanción, tiene que haber sido establecida en una norma con rango de Ley (principio de legalidad) y, además, solo puede imponerse una vez acreditada la culpabilidad del infractor (principio de culpabilidad) (p. 604).

Comparto el concepto que otorga (Bermejo Vera, 2005), al señalar:

La finalidad de la sanción es disuadir y castigar una conducta ilícita. Mediante la sanción, la Administración ejerce coerción en los individuos para que se ciñan al cumplimiento de

las leyes causando dos efectos. El primero, disuasivo, pues procura evitar que se sigan cometiendo en el futuro conductas como la sancionada por el infractor o por terceros. El segundo, correctivo, pues suspende la comisión de la conducta infractora y devuelve a la sociedad el equilibrio perdido (p. 81).

De dicho concepto se puede definir que la sanción es la acción de castigar la conducta ilícita, o sea, que el contratista durante la ejecución contractual, incumpla la normativa, lo establecido en las bases o en el contrato, y por esa conducta se tiene que sancionar al contratista, por lo que se puede concluir de forma preliminar que se sanciona el fondo y no la forma, del mismo modo, la sanción es una forma de desincentivar ciertas conductas como son las que ocasionen la resolución contractual y la inevitable sanción administrativa.

Es así, que se podrá abordar que, si una sanción necesariamente es justa a un contratista, por no cumplir requisitos de forma, a pesar que por cuestiones de fondo no es culpable, y el Tribunal de Contrataciones procede a aplicar la norma.

1.4 Procedimiento Administrativo Sancionador en las Contrataciones del Estado

En el presente trabajo, se ha visto por necesario delimitar el procedimiento administrativo sancionador y su aplicación en la Ley de Contrataciones del Estado, y cómo es su efectiva aplicación por parte del Tribunal de Contrataciones del Estado.

El (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), en el artículo 257°, regula la potestad sancionadora del Tribunal, y en el Artículo 260°, regula el procedimiento administrativo sancionador, que se inicia desde interpuesta la denuncia y el Tribunal posee diez (10) días para evaluar apertura de procedimiento, y de ser el caso, solicitar a la Entidad información necesaria otorgándole diez (10) días para que se cumpla con su mandato, y con o sin su respuesta, dentro de diez (10) días el Tribunal dispondrá si se inicia o no el procedimiento administrativo sancionador.

Cuando se inicie el procedimiento sancionador, se va a cursar al proveedor para que dentro de diez (10) días pueda realizar su descargo respectivo, y de ser el caso, el mismo puede solicitar uso de palabra para que pueda realizar su descargo también en una Audiencia Pública.

Ahora, con el descargo escrito o sin él, desde dicho plazo, el expediente se remite a la Sala dentro del plazo de (10) diez días hábiles, y esta de oficio puede ordenar todas

las actuaciones necesarias para realizar el estudio del caso y de los hechos, recabando la información del expediente de contratación para poder llegar a determinar si existe responsabilidad del contratista para que se le sancione.

Un dato importante, que desde que la Sala asignada recibe el expediente, tiene tres (03) meses, con la posibilidad de una ampliación de tres (03) meses, para determinar la existencia o no de responsabilidad administrativa, y en el supuesto que no haya emitido la resolución pertinente dentro del plazo indicado, igual persiste su obligación pero estará sujeto a responsabilidad a todos los miembros de la Sala.

1.4.1 Concepto

En los tipos de procedimientos administrativos, se regula el procedimiento administrativo sancionador, donde la Entidad, actúa mediante la Autoridad Administrativa que le corresponde, teniendo dentro de sus funciones, la de la aplicación de sanciones contra los administrados y en nuestro caso, frente a los contratistas, por la infracción a la norma según su materia.

Referido a la necesidad de la existencia de un procedimiento administrativo sancionador, menciona (Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, 2011) lo siguiente:

Dicho procedimiento tiene, fundamentalmente, a cumplir dos objetivos. En primer lugar, constituye un mecanismo de corrección de la actividad administrativa, desde que permite al órgano con potestad sancionadora comprobar fehacientemente si se ha cometido algún ilícito; en segundo término, es el medio que asegura a presunto infractor, ejercer su derecho a la defensa, alegando y probando lo que le resulte favorable y controlando, a la par, la actuación inquisitiva de la Administración (p. 687).

Del mismo modo, se puede señalar lo indicado por (Vergaray Bejar & Gómez Apac, La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador, 2009)

A su vez, una infracción administrativa puede definirse como toda conducta considerada ilícita por el ordenamiento jurídico y que la autoridad administrativa se encuentra encargada de sancionar. La intención de la sanción administrativa, en consecuencia, se enfoca a la necesidad de desincentivar conductas consideradas socialmente indeseables, pero que no se consideran de suficiente gravedad como para tipificarlas penalmente (p. 403).

1.4.2 Regulación

El presente procedimiento se encuentra regulado por la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, con su Texto Único Ordenado, Decreto Supremo N° 004-2019-JUS.

Del mismo modo el Texto Único Ordenado de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Supremo N°082-2019-EF; del mismo modo según el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, mediante Decreto Supremo N° 344-2018-EF y su modificatoria mediante Decreto Supremo N° 376-2019-EF.

1.4.3 Principios de la potestad sancionadora

La Ley del Procedimiento Administrativo General, posee un capítulo referente al Procedimiento administrativo sancionador, por lo que ha regulado sus propios principios a dicho procedimiento, es así que en artículo 248° de la Ley N° 27444, según su TUO aprobado por Decreto Supremo 004-2019-JUS, regula los siguientes principios:

1. Legalidad
2. Debido procedimiento
3. Razonabilidad
4. Tipicidad
5. Irretroactividad
6. Concurso de Infracciones
7. Continuación de Infracciones
8. Causalidad
9. Presunción de licitud
10. Culpabilidad
11. Non bis in ídem

En ese sentido procederemos a desarrollarlos brevemente

a) Principio de Legalidad

La Ley del Procedimiento Administrativo General, en su Artículo 248.1°, regula el Principio de Legalidad, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248

1. Legalidad.- Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad” (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS).

De una forma acertada el Dr. (Guzmán Napuri, Manual Del Procedimiento Administrativo General, 2013), desarrolla el concepto de este principio:

El principio de legalidad implica, en primer lugar, que la Administración se sujeta a la totalidad del ordenamiento jurídico y en especial, a la Ley. En este orden de ideas, el principio de legalidad es siempre una garantía de la existencia del Estado de Derecho, constituyendo uno de los pilares del mismo. Pero, en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador dicha garantía es especialmente intensa, puesto que se hace referencia de manera directa al rango de ley de la norma que asigna la potestad sancionadora.

En segundo lugar, la Administración Pública, a diferencia de los particulares, no goza de la llamada libertad negativa, consagrada en la norma constitucional (nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido a hacer lo que esta no prohíbe) o principio de no coacción, dado que solo puede hacer aquello para lo cual está facultada en forma expresa. La discrecionalidad administrativa, como resultado, ha reducido sustancialmente su existencia, lo cual es consistente con la moderna teoría administrativa, máxime si las facultades otorgadas generan limitaciones a los derechos de los administrados (p. 658).

Es importante considerar lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 1182-2005-PA/TC, en su considerando 14°, donde indica:

14. El principio de legalidad en materia sancionatoria impide que se pueda atribuir la comisión de una falta si ésta no está previamente determinada en la ley, y también prohíbe que se pueda aplicar una sanción si ésta no está determinada por la ley. Como lo ha expresado este Tribunal (Caso de la Legislación Antiterrorista, Exp. N.º 010-2002-AI/TC), el principio impone tres exigencias: la existencia de una ley (lex scripta), que la ley sea anterior al hecho sancionado (lex praevia), y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (lex certa).

Como se ha señalado, "Dicho principio comprende una doble garantía; la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como las sanciones administrativas, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad de

predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes; es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex praevia*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la ajena responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda, de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley o norma con rango de ley. (Cfr. STC de España 61/1990).

Entonces, este principio que regula el procedimiento administrativo sancionador, indica que si se comete una acción sujeta a infracción administrativa por parte de un administrado, tiene que existir una norma que sancione dicho hecho que determine y delimite las sanciones, responsabilidades y supuestos, pero siempre y cuando esta norma tiene que ser anterior al accionar del administrado

b) Principio del Debido Procedimiento

Este principio debe ser el más utilizado en los procedimientos administrativos, se encuentra regulado de conformidad al artículo 248.2° del (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), menciona:

2. Debido procedimiento. - No se pueden imponer sanciones sin que se haya tramitado el procedimiento respectivo, respetando las garantías del debido procedimiento. Los procedimientos que regulen el ejercicio de la potestad sancionadora deben establecer la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, encomendándolas a autoridades distintas.

Lo que busca la norma es que la Administración, al momento de iniciar un procedimiento administrativo sancionador, no cometa delimitaciones o vulneraciones a Derechos fundamentales a los administrados y por ende la autoridad debe respetar y garantizar todo el marco de procedimiento legal debidamente regulado.

Lo que menciona (Huapaya Tapia, 2005), es un concepto muy interesante al decir:

El debido procedimiento, en materia sancionadora, implica que las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. En este caso, y dado que la resolución que pueda emitirse tendrá un carácter gravoso, este principio debe ser tomado en su acepción más amplia posible, incluyéndose, para algunos, determinados principios del derecho de defensa en el orden penal (p. 188).

El Dr. (Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, 2011), menciona:

En Principio, la incorporación del principio del debido proceso al ámbito sancionador tiene por efecto rechazar la posibilidad de que se produzcan sanciones inaudita pars (sanción de plano¹) sin generarlo a través de un procedimiento previo donde participe el administrado concernido, y sin que esta sea el específicamente diseñado para su producción válida, esto es el procedimiento sancionador (pp. 695 y 696).

Algo fundamental en el procedimiento administrativo sancionador, es la referida a la notificación preventiva de cargos, de modo que los administrados puedan conocer oportunamente los hechos que se le imputan, las infracciones incurridas y la sanciones que se le podrían imponer, para lo cual podrán ejercer su derecho de defensa, por lo que se tiene que acudir a lo regulado en el numeral 3 del artículo 254° del (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), que indica:

Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia.

Como se puede desprender del citado artículo, el trámite de formulación de cargos es de suma importancia en el procedimiento sancionador en tanto permite al administrado informarse cabalmente de los hechos imputados y demás información indispensable para ejercer las garantías propias del derecho al debido procedimiento.

c) Principio de Razonabilidad

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.3°, regula el Principio de Razonabilidad que para muchos doctrinarios abarca el principio de proporcionalidad, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248 (...)

3. Razonabilidad. - Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción. Sin embargo, las sanciones a ser aplicadas deben ser proporcionales al incumplimiento calificado como infracción, observando los siguientes criterios que se señalan a efectos de su graduación:

¹ STC 1159-2001-AA/TC

- a) El beneficio ilícito resultante por la comisión de la infracción;
- b) La probabilidad de detección de la infracción;
- c) La gravedad del daño al interés público y/o bien jurídico protegido;
- d) El perjuicio económico causado;
- e) La reincidencia, por la comisión de la misma infracción dentro del plazo de un (1) año desde que quedó firme la resolución que sancionó la primera infracción.
- f) Las circunstancias de la comisión de la infracción; y
- g) La existencia o no de intencionalidad en la conducta del infractor

El Dr. (Guzmán Napuri, Manual Del Procedimiento Administrativo General, 2013), comenta lo siguiente:

En mérito a la proporcionalidad se requiere que el medio empleado para la obtención de dichos fines se encuentre acorde con el mismo, tal que, ante varias posibilidades de limitación, la Administración Pública escoja aquella que sea menos gravosa respecto del derecho fundamental a limitar, siendo necesario, finalmente, que el grado de afectación al derecho se encuentre acorde con el nivel de obtención de la finalidad perseguida con la limitación; concepción esta última que es enteramente consistente con el sustento racional del principio de preferencia por los derechos fundamentales, puesto que permite que el juzgador —que es el que define cuando nos encontramos ante una limitación válida— realice un análisis en términos de costo beneficio para verificar la referida proporcionalidad (p. 662).

Es así que el citado principio, busca que la Entidad al momento de imponer una sanción, valore lo sucedido y la sanción tiene que ser la menos lesiva para el sancionado, que en este caso sería el contratista, esto quiere decir, que el Tribunal de Contrataciones del Estado debe evaluar todas las posibilidades de tipos de sanción que existen (por más predecible que sea) debidamente reguladas, con la magnitud de la lesión que se ocasionará – como sería la inhabilitación -, en donde la Autoridad deberá prevalecer la menos gravosa a los derechos de los administrados.

d) Principio de Tipicidad

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.4°, regula el Principio de Tipicidad, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248 (...)

4. Tipicidad.- Solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria.

A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda.

En la configuración de los regímenes sancionadores se evita la tipificación de infracciones con idéntico supuesto de hecho e idéntico fundamento respecto de aquellos delitos o faltas ya establecidos en las leyes penales o respecto de aquellas infracciones ya tipificadas en otras normas administrativas sancionadoras.

El Tribunal de Contrataciones realiza un comentario al principio de la siguiente forma:

Asimismo, es importante señalar que, en virtud del principio de tipicidad previsto en el numeral 4 del artículo 246 de la LPAG, solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía; asimismo, establece que, las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley o Decreto Legislativo permita tipificar infracciones por norma reglamentaria. A través de la tipificación de infracciones no se puede imponer a los administrados el cumplimiento de obligaciones que no estén previstas previamente en una norma legal o reglamentaria, según corresponda. (Resolución N° 0039-2019-TCE-S4, 2019) (p. 12).

Es importante considerar lo resuelto por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia N° 1182-2005-PA/TC, donde se indica:

15. Sin embargo, no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el artículo 2.24 d. de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo,

en cambio, define la conducta que la ley considera como falta. Tal precisión de lo considerado como antijurídico desde un punto de vista administrativo, por tanto, no está sujeto a una reserva de ley absoluta, sino que puede ser complementado a través de los reglamentos respectivos.

Del mismo modo, es importante considerar lo indicado por el Dr. (García de Enterría & Fernández):

El principio de tipicidad proviene entonces de una doble necesidad. En primer lugar, de los principios generales de libertad, establecidos formalmente en la Constitución y que tienen directa relación con el establecimiento del Estado de Derecho, puesto que nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que esta no prohíbe. En segundo lugar, el citado principio tiene un correlato evidente en la seguridad jurídica, puesto que permite que los administrados tengan un conocimiento certero de las consecuencias de los actos que realicen (p. 174).

En ese sentido según éste principio, las conductas que sean catalogadas infracciones, serán únicamente sancionadas, siendo éstas previamente tipificadas por la norma de la especialidad, y que no se admita la realización de una interpretación extensiva de la norma y mucho menos aplicar la analogía de la misma.

e) Principio de Irretroactividad

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.5°, regula el Principio de Irretroactividad, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248 (...)

5.- Irretroactividad.- Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables.

Las disposiciones sancionadoras producen efecto retroactivo en cuanto favorecen al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones en ejecución al entrar en vigor la nueva disposición.

La doctrina está de acuerdo al indicar que este principio tiene su inicio y reconocimiento en la Constitución Política del Perú, indicando:

Artículo 103.-... La ley, desde su entrada en vigencia, se aplica a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes y no tiene fuerza ni efectos retroactivos; salvo, en ambos supuestos, en materia penal cuando favorece al reo.

El Dr. (Guzmán Napuri, Manual Del Procedimiento Administrativo General, 2013), comenta sobre la retroactividad benigna:

Por el principio de irretroactividad son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar. La Ley contempla, sin embargo, la retroactividad benigna, al señalar la aplicación de normas posteriores cuando resulten más favorables al administrado. Esto último, sin embargo, parece ser una contravención a la norma constitucional, que establece que solo existe retroactividad benigna en materia penal y cuando favorece al reo, mas no en términos de derecho administrativo sancionador (p. 669).

En ese sentido, este principio vela la seguridad jurídica en el derecho y en las partes, esto quiere decir que al momento de cometer la infracción, uno conoce la sanción y alcance del mismo.

f) Principio de Concurso de Infracciones

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.6°, regula el Principio de Concurso de Infracciones, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248

6. Concurso de Infracciones.- Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes.

El Dr. (Nieto, 2005), comenta lo siguiente:

En el ámbito del derecho administrativo sancionador es posible que se presenten casos en los que una misma conducta o hecho califique como más de una infracción administrativa. En dichos casos se puede aplicar diferentes opciones teóricas para determinar la sanción que corresponde aplicar. Si se elimina la acumulación material (suma de las penas atribuidas a todos y cada uno de los delitos cometidos por la misma acción) restarían fundamentalmente 2 posibilidades, estas son: i) la absorción de la pena, lo cual implica la elección de la pena más grave entre todas las que entran en juego a la vista de los delitos cometidos; o, ii) la exasperación (o aspiración) de la pena, la cual

implica escoger la más grave y además elevar o intensificar su contenido, aunque sin llegar, naturalmente, a la suma de todas ellas (p. 519).

En ese sentido, en el tema de Contrataciones del Estado, puede darse que, en un mismo contrato, el contratista haya acumulado la penalidad máxima y del mismo modo haya incumplido con sus obligaciones esenciales, es por ello que la Entidad al momento de resolver el contrato, indicará los motivos, y son esos motivos cuando por Ley, el Tribunal de Contrataciones del Estado aplique la sanción máxima del motivo de la resolución contractual.

g) Principio de Continuación de Infracciones

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.7°, regula el Principio de Continuación de Infracciones, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248 (...)

7. Continuación de infracciones.- Para determinar la procedencia de la imposición de sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días hábiles desde la fecha de la imposición de la última sanción y que se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado la infracción dentro de dicho plazo.

Las entidades, bajo sanción de nulidad, no podrán atribuir el supuesto de continuidad y/o la imposición de la sanción respectiva, en los siguientes casos:

- a) Cuando se encuentre en trámite un recurso administrativo interpuesto dentro del plazo contra el acto administrativo mediante el cual se impuso la última sanción administrativa.
- b) Cuando el recurso administrativo interpuesto no hubiera recaído en acto administrativo firme.
- c) Cuando la conducta que determinó la imposición de la sanción administrativa original haya perdido el carácter de infracción administrativa por modificación en el ordenamiento, sin perjuicio de la aplicación de principio de irretroactividad a que se refiere el inciso 5.

Un comentario interesante lo realizan los Dres. (Vergaray Bejar & Gómez Apac, La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador, 2009), al indicar lo siguiente:

Este principio —que a primera vista parece más bien una técnica a emplear en el procedimiento administrativo— tiene por finalidad impedir la iniciación de nuevos procedimientos sancionadores cada vez que el particular cometa una infracción que forma parte de un conjunto de infracciones íntimamente relacionadas entre sí (p. 424).

Este principio busca que la autoridad para que imponga sanciones referentes a la continuidad de infracciones, se debe esperar que la Entidad haya requerido al administrado el cese de la actividad sujeta a infracción, caso distinto es que si se le ha requerido y/o sancionado y continúa con la sanción, se le puede imponer una medida correctiva, como puede ser una sanción económica.

h) Principio de Causalidad

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.8° regula: “Causalidad.- La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable”, es un principio básico en la propuesta en la presente investigación y que no se utiliza al momento de aplicar sanciones mediante el Tribunal de Contrataciones del Estado.

Este principio que es uno de los más importantes de la norma, dirige que toda la responsabilidad tiene que ser plausible de sanción al responsable, esto quiere decir que la persona que realiza la conducta activa u omisiva que se encuentra regulada como infracción administrativa, tiene que ser sancionada.

(Guzmán Napuri, Los Procedimientos Administrativos Sancionadores, 2016), señala:

Pero por otro lado, el principio de causalidad implica que la responsabilidad administrativa es personal, siendo imposible que un administrado sea sancionado por un hecho cometido por otro administrado, salvo que la ley autorice expresamente figura como la solidaridad, por la cual la responsabilidad puede ser exigida a cualquiera de los administrados, o a todos a la vez, como lo describe la Ley N° 27444; con lo discutible que resulta dicha figura (pp. 55-56).

Del mismo modo, se puede acoger una postura interesante que es básica para el desarrollo de la presente investigación sobre el concepto de este principio, como se indica:

La Administración no puede hacer responsable a una persona por un hecho ajeno, sino solo por los propios. Conforme a este principio resultará condición indispensable para la aplicación de cualquier sanción a un administrado que su conducta satisfaga una relación de causa adecuada al efecto, esto es, la configuración del hecho previsto en el tipo como sancionable... No puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable... A falta de norma, en nuestro derecho ha sido introducido jurisprudencialmente por el Tribunal Constitucional como una exigencia para ejercer legítimamente la potestad sancionadora. En efecto, nuestro Tribunal ha establecido... la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable. (Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, 2011) (pp. 723-724).

Una jurisprudencia interesante, lo emite el Tribunal Constitucional, en el (STC N° 2868-2004-AA/TC, 2004), al indicar:

Por lo que hace al primer motivo, es decir, que la sanción se justifique... es lícito que el Tribunal se pregunte si es que en un Estado constitucional de derecho es válido que una persona sea sancionada por un acto ilícito cuya realización se imputa a un tercero

La respuesta no puede ser otra que... un límite a la potestad sancionadora del Estado está representado por el principio de culpabilidad. Desde este punto de vista, la sanción, penal o disciplinaria, solo puede sustentarse en la comprobación de responsabilidad subjetiva del agente infractor de un bien jurídico. En ese sentido, no es constitucionalmente aceptable que una persona sea sancionada por un acto o una omisión de un deber jurídico que no le sea imputable.

Algo de suma importancia a la presente investigación, es que, para librarse de la responsabilidad administrativa, el investigado y/o administrado debe quebrar el nexo causal de la misma, esto quiere decir que por más que exista la infracción, se demuestre que no tuvo la injerencia en el mismo o fue atribución suya, y en el presente caso, nosotros buscamos sustentar dicha figura, porque se debería probar que una resolución contractual administrativa como es la de contrataciones del estado, ha sido culpa de la Entidad y no del contratista, por lo que se estaría rompiendo el nexo causal.

Una jurisprudencia interesante del Tribunal de Contrataciones del Estado ha sido emitido por la Sala 3, al resolver de forma idónea el concepto de este principio pero que

contrariamente se resuelve diferente en las resoluciones, indicando la (Resolución N° 129-2010-TC-S3, 2010) lo siguiente:

15. De otro lado, la sanción administrativa, constituye un mal infligido a un administrado en ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, por un hecho o una conducta constitutiva de infracción administrativa, cuyos elementos son: el acto gravamen porque determina un menoscabo o privación total o parcial, temporal o definitiva de derechos o intereses, un acto reaccional frente a una conducta ilícita, su finalidad es una consecuencia de la conducta sancionable, eminentemente con carácter represivo y disuasivo, un acto con finalidad represiva, no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable, en aplicación del Principio de Causalidad previsto en el inciso 8 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444, que establece que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta constitutiva de la infracción sancionable (p. 9).

En dicha resolución se ha determinado dos elementos de la sanción administrativa que son:

- a) El acto gravamen, porque se determina el perjuicio total o parcial de derechos o intereses
- b) El acto reaccional frente a una conducta ilícita, teniendo una finalidad de sancionar la conducta

Ahora, es interesante tomar la postura en dicho párrafo, que indica: (no puede sancionarse a quien no realiza la conducta sancionable), y siendo así, no debería sancionar a un contratista que no cometió ninguna conducta ilícita, sino que solo dejó consentir la resolución, por lo que se estaría contraviniendo al principio de causalidad.

Del mismo modo, (Opinión N° 052-2015/DTN, 2015), el OSCE se pronuncia y comenta referente al Principio de Causalidad, haciendo referencia a las Resoluciones N° 2379-2009-TC-S3, y N° 129-2010-TC-S3, indicando:

De lo expuesto, se advierte que, en virtud del Principio de Causalidad que rige la potestad sancionadora del Tribunal de Contrataciones del Estado, la responsabilidad por la comisión de una infracción debe imputarse a la persona que cometió la conducta prohibida por la Ley y, por tanto, no puede hacerse responsable a una persona por un hecho ajeno (p. 05).

Es así, que a base de este principio, el contratista no puede ser sancionado por el mero hecho de un hecho lesivo o un imperio de la norma (dejar consentir una resolución

contractual), sino se le tiene que atribuir un hecho lesivo que él mismo haya cometido y no por no cumplir forma, sino que se le sancione por fondo.

Es así, que una omisión formal, no puede ser suficiente en un procedimiento administrativo sancionador, porque el principio de culpabilidad debe prevalecer, y por ende, no pueden sancionar por un análisis subjetivo, sino objetivo, quiero decir, que se sancione a los contratistas si realmente incumplieron alguna obligación esencial en el contrato o las bases, y no por el mero formalismo de dejar consentir la resolución contractual.

i) Principio de Presunción de licitud

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.9° señala: “248.9. Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”.

Este principio, tiene un sustento legal reconocido en la Constitución Política del Perú, al regular la inocencia y su presunción, por lo que se puede observar:

2.- Toda persona tiene derecho: (...)

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:...

e. Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad.

En ese sentido, el Dr. (Guzmán Napuri, Manual Del Procedimiento Administrativo General, 2013), indica:

Por el principio de presunción de licitud, las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. Este principio resulta ser equivalente en al ámbito penal a la llamada presunción de inocencia contenida en nuestra Constitución, que sin embargo no debe ser confundida con el principio de in dubio pro reo, que posee un origen y naturaleza distintos (p. 679).

Este principio abarca la presunción Iuris Tantum, es por ello que la presunción de la inocencia del administrado tiene que ser probado con medios probatorios idóneos y legales, y no solo eso, sino que dichos medios probatorios tienen que recaer en la

documentación que presente la Entidad durante el procedimiento, pero en el procedimiento administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, se podría evaluar que la materia de la presente investigación, este principio podría ser vulnerado, porque el Tribunal únicamente procede a sancionar sin verificar el fondo en casos de resoluciones contractuales que se dejó consentir por parte de las partes.

j) Principio de Culpabilidad

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.10°, regula el Principio de Culpabilidad, en ese sentido el Artículo 248 señala: “248.10. Culpabilidad.- La responsabilidad administrativa es subjetiva, salvo los casos en que por ley o decreto legislativo se disponga la responsabilidad administrativa objetiva”.

El Dr. (Baca Oneto V. , 2012) comenta de la novedad de este principio en la Ley N° 27444, el cual indica:

La incorporación del principio de culpabilidad en el ámbito del procedimiento administrativo sancionador constituye una de las grandes novedades de la modificación operada mediante el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272, pues antes de ello, la ley del procedimiento administrativo general parecía haber optado por una responsabilidad eminentemente objetiva que solo exigía la culpabilidad entendida como principio de personalidad de las infracciones y de responsabilidad por el hecho (principio de causalidad) no exigiendo el dolo o la culpa como requisito para aplicar la sanción (p. 11).

Es así, que la autoridad antes de imponer una sanción administrativa, el Tribunal de Contrataciones del Estado, tiene que verificar y comprobar que el accionar del administrado y/o contratista, es reprochable al mismo según la norma, si así fuese, se tiene que aplicar lo establecido en la norma e imponer una sanción administrativa como de multa, inhabilitación, etc., pero en el supuesto que no se demuestre la culpabilidad del mismo, éste será liberado de toda responsabilidad administrativa.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, en varias resoluciones, utilizan el mismo criterio en la aplicación del citado principio, es así, que se puede observar mediante (1438/2007-TC-S3, 2007), lo siguiente:

4. En ese sentido, para la configuración de dicha infracción basta medir la responsabilidad objetiva del infractor, sin que resulte relevante tomar en cuenta factores como la

intencionalidad, diligencia debida o el daño causado, los cuales podrán entrar a tallar únicamente al momento de graduar la sanción.

Del mismo modo, tenemos una Resolución que es usada en el quehacer del ejercicio del Derecho, en donde aplica el citado principio, es así que mediante (Resolución N° 2344-2013-TC-S2, 2013), se ha mencionado:

Por otro lado, el Postor solicita que el Tribunal aplique el Principio de Culpabilidad al presente caso, ya que para ser sancionado no basta el incumplimiento formal de la norma, ya que la responsabilidad administrativa se configura únicamente cuando existe el factor de atribución, es decir, una determinada actitud o comportamiento del sujeto en relación con el incumplimiento.

Respecto a ello, debe tenerse presente que el principio alegado por el Postor no es un principio que pueda aplicarse al presente caso, ya que, conforme a la naturaleza de la infracción tipificada en el literal e) del numeral 51.1 del artículo 51 de la Ley, la responsabilidad es objetiva, más aún cuando se ha demostrado que el Postor presentó su propuesta sin tener RNP vigente (pp. 10-11).

Más adelante se procederá a desarrollar la forma de proceder del Tribunal de Contrataciones en materia de sanción, pero se puede estar indicando que en la normativa existe la responsabilidad de culpabilidad objetiva, tanto es así, que según el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula en el artículo 50.3, lo siguiente: “50.3 La responsabilidad derivada de las infracciones previstas en este artículo es objetiva, salvo en aquellos tipos infractores previsto en los literales a), b), h), y n) del numeral 50.1 del artículo 50”.

k) Principio de Non bis in idem

El (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), en su Artículo 248.11°, regula el Principio de Causalidad, en ese sentido la norma indica:

Artículo 248 (...)

11. Non bis in idem. - No se podrán imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

Dicha prohibición se extiende también a las sanciones administrativas, salvo la concurrencia del supuesto de continuación de infracciones a que se refiere el inciso 7.

Un comentario acertado, alcanza el Dr. (Danós Ordoñez, 1995), al indicar: “Este principio establece que no se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento” (p. 155).

Es así, que con este principio se busca que no se sancione a la misma persona dos veces por la misma acción,

El supuesto esencial de aplicación del non bis in idem es el que se da cuando un mismo ilícito es subsumible en varias normas punitivas (penales o administrativas). La garantía que entra en juego es aquella que prohíbe sancionar dos veces lo mismo, aunque dos normas punitivas diferentes tipifiquen la misma vulneración del ordenamiento jurídico, cada una con la infracción independiente

Es menester señalar la Triple identidad de este principio, el cual dentro de todas las jurisprudencias, se puede señalar una, según Sentencia del Tribunal Constitucional, en el Exp. (STC N° 02493-2012-PA/TC, 2014), en su numeral 5°:

Para saber si estamos o no ante la presencia del principio de ne bis in idem se ha dicho hay que verificar en ambos casos la concurrencia de tres presupuestos:

- i) Identidad de la persona perseguida (eadem persona) lo que significa que la persona física o jurídica a la cual se persigue tenga que ser necesariamente la misma.
- ii) Identidad del objeto de persecución (eadem res), que se refiere a la estricta identidad entre los hechos que sirvieron de fundamento para el inicio tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento; es decir, se debe tratar de la misma conducta material, sin que se tenga en cuenta para ello su calificación legal.
- iii) Identidad de la causa de persecución (eadem causa petendi), lo que significa que el fundamento jurídico que sirve de respaldo a la persecución tenga que ser el mismo tanto en la anterior como en la nueva investigación, proceso o procedimiento (pp. 4-5)

1.4.4 Determinación de la Responsabilidad

Referente a este punto, se tiene que mencionar el (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), el cual indica:

Artículo 251. Determinación de la responsabilidad

251.1 Las sanciones administrativas que se impongan al administrado son compatibles con el dictado de medidas correctivas conducentes a ordenar la reposición o la reparación de la situación alterada por la infracción a su estado anterior, incluyendo la de los bienes afectados, así como con la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados, las que son determinadas en el proceso judicial correspondiente. Las medidas correctivas deben estar previamente tipificadas, ser razonables y ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidades de los bienes jurídicos tutelados que se pretenden garantizar en cada supuesto concreto.

251.2 Cuando el cumplimiento de las obligaciones previstas en una disposición legal corresponda a varias personas conjuntamente, responderán en forma solidaria de las infracciones que, en su caso, se cometan, y de las sanciones que se impongan.

Esa modificatoria ha incluido la medida correctiva de reparación de forma expresa, es así que las medidas de reposición, reparación, resarcitorias y de coacción, son medidas que se aplican correctamente en el procedimiento administrativo sancionador, ya que con la aplicación de estas medidas no solo se busca la sanción como lo que manda la Ley, sino el motivo no es solo sancionar sino también es el de aplicar medidas complementarias y correctivas.

Cabe mencionar que la determinación de la responsabilidad va de la mano con el Principio de culpabilidad, y determinar su inocencia durante el procedimiento administrativo sancionador.

El Dr. (Morón Urbina, Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador, 2011), explica de una forma correcta la aplicación de las medidas correctivas tiene que ir de la mano con algunos requisitos:

Cumplir los requisitos legales para la validez del acto administrativo de gravamen constitutivo de la medida correctiva y los principios aplicables a toda actuación pública.

- a. Emitirse dentro de un procedimiento y habiendo obtenido convicción sobre la responsabilidad del infractor (...)
- b. Ahora bien, el contenido del acto de gravamen, en el procedimiento específico, no debe ser idéntico a la sanción aplicable por el ilícito instruido, pues entonces estaríamos frente a un adelantamiento de la medida sancionadora, que autosatisficiera anticipadamente la pretensión sancionadora de la Administración. En este sentido, la

medida correctiva, vaciaría de contenido a la sanción prevista para el mismo caso (p. 737).

1.4.5 Caracteres del Procedimiento Sancionador

Toda normativa tiene elementos que garantizan los derechos según la materia, y en el procedimiento administrativo sancionador, se busca que todo lo regulado en la norma, vele el respeto de los derechos al administrado, y es por eso que al iniciarse el procedimiento sancionador, el administrado tiene derecho a un procedimiento justo conforme a la norma, siendo garantista de los mismos, pero sujeto a una posible sanción si se cometió alguna infracción a la norma.

Es así, que el Artículo 254 de la Ley N° 27444, regula unas disposiciones referido a los caracteres del procedimiento sancionador, en donde procederé a desarrollar.

El artículo 254.1, regula las siguientes características:

“1. Diferenciar en su estructura entre la autoridad que conduce la fase instructora y la que decide la aplicación de la sanción”.

Tanto es así, que la (Constitución Política del Perú, 1993) en su artículo 139.3° regula los principios y derechos de la función jurisdiccional, donde se indica: “Artículo 139.3. La observancia al debido proceso y la tutela jurisdiccional”.

Lo que la norma busca es que la autoridad administrativa sea imparcial durante todo el procedimiento administrativo sancionador y que no existan motivos que puedan modificar la decisión o una aplicación indebida de la normativa en contra del administrado, es así que, es el Derecho fundamental de toda persona a tener un proceso o procedimiento justo y si es sancionado que sea netamente objetivo por la supuesta comisión de la infracción y no de forma subjetiva por la autoridad. Es así que esta garantía es base del principio universal al Debido procedimiento y a la tutela jurisdiccional efectiva.

“2. Considerar que los hechos probados por resoluciones judiciales firmes vinculan a las entidades en sus procedimientos sancionadores”.

Cuando existen resoluciones judiciales firmes, entiéndase como una sentencia consentida con calidad de cosa juzgada, la Autoridad administrativa no puede emitir pronunciamiento distinto al resuelto por un juez, ya que el poder jurisdiccional que se le

otorga al poder judicial según el 139.1 de la Constitución Política del Perú, será superior a cualquier decisión de una autoridad administrativa, y sin perjuicio que un mismo juez puede declarar nula las decisiones administrativas, según el proceso contencioso administrativo.

Es así, que dicha característica, hace que no se vulnere el principio non bis ídem y tampoco se cuestione la decisión de una autoridad judicial por parte de una administrativa.

“3. Notificar a los administrados los hechos que se le imputen a título de cargo, la calificación de las infracciones que tales hechos pueden constituir y la expresión de las sanciones que, en su caso, se le pudiera imponer, así como la autoridad competente para imponer la sanción y la norma que atribuya tal competencia”.

El debido procedimiento, tiene el alcance a esta característica, ya que se tiene que notificar todas las actuaciones, calificación de la infracción con la sanción y fundamentalmente todos los argumentos, motivos, pruebas que se le impute al administrado para que pueda desarrollar una defensa correcta o al menos tenga conocimiento de lo investigado.

Asimismo, sobre el referido artículo se ha señalado una serie de requisitos mínimos en la notificación preventiva de cargos deberá contener para que sea lícita y permita al administrado el ejercicio de su derecho de defensa, es así que (Morón Urbina, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, 2014) señala:

Precisión.- La notificación preventiva deberá consignar los hechos materia de imputación, la calificación de las infracciones incurridas, las posibles sanciones a imponerse, la autoridad competente para imponerlas y la norma que otorga la potestad sancionadora a dicho órgano administrativo. Los elementos mencionados deberán constar de forma precisa en el acto de notificación sin que sea necesario deducirlos o interpretarlos.

Claridad.- El acto de notificación preventiva deberá evitar ambigüedades e informar de forma sencilla los hechos imputados y la calificación que la Administración efectúa a los supuestos ilícitos, permitiendo así al administrado entender a cabalidad los ilícitos denunciados.

Inmutabilidad.- Los cargos determinados en la notificación no podrán ser variados por la autoridad en virtud de la doctrina de los actos propios que el principio de conducta procedimental reconoce.

Suficiencia.- La notificación preventiva deberá contener toda la información necesaria que sustenta los cargos que se imputan al administrado, tales como informes o demás documentos, de manera que se le permita al administrado ejercer su derecho de defensa contra dicha información (pp. 17 y 18).

Este Derecho fundamental del administrado, donde se le otorga cinco (05) días para que pueda ejercer su derecho de defensa, presentando los medios probatorios correspondientes y fundamentar los hechos y derechos como mejor se le faculte, es por ello que, se le da un plazo para ejercer su derecho de defensa y así evitar arbitrariedades a los administrados, claro que depende del tipo de procedimiento puede variar a mayor plazo el descargo o solicitar ampliación del mismo.

Del mismo modo, es pertinente considerar lo que regula el (TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS), un principio básico es el indicado en el “Artículo 248.9 Presunción de licitud.- Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario”

La presunción de la licitud le faculta al administrado si no presentó sus descargos o lo hizo fuera de plazo, que la administración tiene que impartir su sanción debidamente motivada si es que corresponde el mismo, por lo que si no se defiende el administrado, no significa en lo absoluto que acepte los cargos u hechos de la investigación.

1.4.6 Procedimiento

El artículo 255° de la Ley 27444, regula las disposiciones del procedimiento, es así que de forma resumida se procederá a desarrollar.

El procedimiento sancionador se inicia de oficio, debido a iniciativa propia, orden superior, pedido de otras entidades o por denuncia de partes, y la competencia de las autoridades administrativas quienes son los encargados de gestionar y llevar la investigación, recabando todos los medios probatorios para probar si efectivamente el administrado ha cometido o no infracción administrativa, y de ser el caso identificar los

hechos correctos, y de ser el caso si existiese más personas involucradas en el mismo - después de realizar la investigación - , se emitirá una decisión debidamente motivada de iniciar o no un procedimiento administrativo sancionador al administrado.

Cabe indicar que el procedimiento previo o preliminar, no forma parte del procedimiento administrativo sancionador, porque corresponde a la facultad fiscalizadora de la autoridad, con ese comentario, queremos coincidir con lo citado por el Dr. (Morón Urbina, Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General, 2014), indica:

Con anterioridad a la iniciación formal del procedimiento se podrán realizar actuaciones previas de investigación, averiguación e inspección con el objeto de determinar con carácter preliminar si concurren circunstancias que justifiquen su iniciación. Dichas actuaciones previas no son en realidad parte del procedimiento sancionador, sino más bien actos de instrucción preventiva, razón por la cual ni interrumpen la prescripción de la facultad sancionadora (p. 461).

Cabe mencionar que éste tipo de procedimiento se inicia de oficio, pero según la materia o especialidad se puede iniciar a pedido de un tercero, como un particular mediante una denuncia o mediante escrito motivado por parte de una Entidad, como es el caso de Contrataciones del Estado, cuando el contrato es resuelto por causa del contratista, declarado nulo, etc. y la Entidad por ley, tiene que oficiar dicha decisión al Tribunal de Contrataciones del Estado para que se inicie el procedimiento sancionador.

Cuando la Entidad decida iniciar el procedimiento sancionador, se procede a notificar al administrado investigado, todos los documentos de instrucción y los cargos imputados, para que pueda ejercer su derecho a la defensa dentro del plazo establecido por Ley.

Con o sin la contestación de los cargos por parte del administrado investigado, la Entidad procederá a efectuar todas las actuaciones pertinentes de los hechos imputados, solicitando información de ser necesario, en algunos de los casos otorgará el uso de palabra para que se haga el descargo oral por parte del investigado, y con todo lo actuado, la Entidad instructora, o en nuestro caso, el Tribunal de Contrataciones del Estado, aplicando la presunción de la licitud y oficialidad de la prueba tiene que determinar si existió o no responsabilidad por parte del administrado, aplicando una sanción administrativa o sino absolver al administrado por la inexistencia de infracción.

Con la resolución final, se procederá a notificar al administrado y de ser el caso a la Entidad que solicitó que se inicie el procedimiento administrativo sancionador, y contra la decisión el sancionado puede proceder el proceso judicial contencioso administrativo

1.4.7 Suspensión del Procedimiento Administrativo Sancionador

Es importante que durante el procedimiento administrativo sancionador, se puede proceder a suspender el procedimiento, cuando ocurra lo siguiente de conformidad al (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) y su modificatoria (Decreto Supremo N° 376-2019-EF, 2019), que regula:

261.1. El Tribunal suspende el procedimiento administrativo sancionador siempre que:

- a) Exista mandato judicial vigente y debidamente notificado al OSCE.
- b) A solicitud de parte o de oficio, cuando el Tribunal considere que, para la determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente con decisión arbitral o judicial.

261.2. La Entidad, bajo responsabilidad, comunica al Tribunal la conclusión del arbitraje o del proceso judicial, remitiendo el documento correspondiente en un plazo no mayor a cinco (5) días hábiles de notificado con el acto que declara la conclusión del proceso.

261.3. El plazo de suspensión del procedimiento da lugar a la suspensión del plazo de prescripción.

Es por ello que, sería idóneo que se incorpore en el artículo 261.1, una nueva condición de suspensión del procedimiento administrativo sancionador, donde el contratista exprese de forma objetiva y clara que el contrato fue resuelto de forma inválida, ilegal o contraviniendo a las Bases y/o contrato para que el OSCE emita una a costo del contratista que dejó consentir la resolución, con lo que se estaría salvaguardando los Derechos de los contratistas que no se le atribuye la responsabilidad de la resolución contractual.

En forma adicional a lo anteriormente señalado, queremos señalar que después de interpuesta la sanción de inhabilitación, el contratista tiene el derecho de acudir al poder judicial, mediante una demanda contencioso administrativo, solicitando la nulidad de la resolución de sanción, pero al respecto la mera admisión de la demanda no suspende la sanción, sino que la única forma, tal como lo establece de forma indirecta el citado

artículo en el literal a), sería la solicitud de medida cautelar, para que se suspenda los efectos hasta que se resuelva el proceso principal.

Solo una medida cautelar podría suspender los efectos, es por ello que el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019) regula las sanciones, por lo que se tiene:

a) Multa: Es la obligación pecuniaria generada para el infractor de pagar en favor del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), un monto económico no menor del cinco por ciento (5%) ni mayor al quince por ciento (15%) de la oferta económica o del contrato, según corresponda, el cual no puede ser inferior a una (1) UIT, por la comisión de las infracciones establecidas en los literales a), b), d), e), k), l), m) y n) Si no se puede determinar el monto de la oferta económica o del contrato se impone una multa entre cinco (05) y quince (15) UIT. La resolución que imponga la multa establece como medida cautelar la suspensión del derecho de participar en cualquier procedimiento de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado, en tanto no sea pagada por el infractor, por un plazo no menor a tres (3) meses ni mayor a dieciocho (18) meses. El periodo de suspensión dispuesto por la medida cautelar a que se hace referencia, no se considera para el cómputo de la inhabilitación definitiva. Esta sanción es también aplicable a las Entidades cuando actúen como proveedores conforme a Ley, por la comisión de cualquiera de las infracciones previstas en el presente artículo.

b) Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección, procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta inhabilitación es no menor de tres (3) meses ni mayor de treinta y seis (36) meses ante la comisión de las infracciones establecidas en los literales c), f), g), h) e i) y en caso de reincidencia en la infracción prevista en los literales m) y n). En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses

c) Inhabilitación definitiva: Consiste en la privación permanente del ejercicio del derecho a participar en cualquier procedimiento de selección y procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco y de contratar con el Estado. Esta sanción se aplica al proveedor que en los últimos cuatro (4) años ya se le hubiera impuesto más de dos (2) sanciones de inhabilitación temporal que, en

conjunto, sumen más de treinta y seis (36) meses, o que reincida en la infracción prevista en el literal j), en cuyo caso la inhabilitación definitiva se aplica directamente.

Según el Dr. (Martínez Zamora, 2018), emite un comentario interesante al señalar:

Existen dos límites: Uno de carácter objetivo, que se configura con la sola posición en un cargo público o vínculo contractual determinado, que involucra su exclusión total o parcial de la posibilidad de contratar con el Estado. El segundo, de carácter subjetivo, que se configura con una conducta de la persona o, –en el caso de las personas jurídicas– de su representante legal o accionista, que determina su exclusión pese a que potencialmente pudieron ser proveedores del Estado (p. 2).

Entonces, cuando se aplique una sanción al Contratista, ésta se hará efectiva y consentida desde el sexto día hábil de notificada la sanción o publicada en el Diario El Peruano, pero de ser el caso, no impide que el contratista cumpla con las obligaciones pendientes contractuales que tenga con la Entidad u otras Entidades.

Ahora, el artículo 264° del Reglamento, menciona la gradualidad de las sanciones, y que se evaluará la naturaleza de la infracción, que se demuestre que no hubo dolo por el contratista, que sea mínima o inexistencia del daño causado a la Entidad, que se reconozca la infracción antes de que sea detectada, antecedentes, conducta procesal, etc.

1.4.8 Prescripción

Lo que se busca con la prescripción, es otorgarle a los administrados de no ser perseguidos de forma indefinida, es por ello que el Tribunal de Contrataciones del Estado tiene un plazo para resolver los procedimientos administrativos sancionadores, sino la infracción procedería a prescribir.

El Dr. (Guzmán Napuri, Manual del Procedimiento Administrativo General, 2017), da un concepto preciso de la prescripción, al indicar:

Entonces, una vez que ha transcurrido el plazo de prescripción sin que se haya emitido sanción alguna, el ordenamiento asume que dicha infracción no ha afectado sustancialmente el interés general. Finalmente, la prescripción tutela el principio de debido procedimiento respecto del administrado, al establecer un límite temporal al ejercicio de la potestad sancionadora (p. 769).

En ese sentido, el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula la prescripción de la siguiente forma:

Artículo 50. Infracciones y sanciones administrativas

50.7 Las infracciones establecidas en la presente norma para efectos de las sanciones prescriben a los tres (3) años conforme a lo señalado en el reglamento. Tratándose de documentación falsa la sanción prescribe a los siete (7) años de cometida.

50.8 Cuando para la determinación de responsabilidad, sea necesario contar, previamente, con decisión judicial o arbitral, el plazo de prescripción se suspende por el periodo que dure dicho proceso jurisdiccional. Asimismo, el plazo de prescripción se suspende cuando el Poder Judicial ordene la suspensión del procedimiento sancionador.

Como se puede apreciar, todas las infracciones detalladas en el numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado, tienen el plazo de prescripción de tres (03) años de cometida la infracción excepto la infracción detallada en el literal j), numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley, el cual se refiere a la presentación de documentación falsa o adulterada.

Asimismo, el Reglamento de la Ley de Contrataciones, regula la suspensión del procedimiento administrativo sancionador

262.2. El plazo de prescripción se suspende:

- a) Con la interposición de la denuncia y hasta el vencimiento del plazo con que se cuenta para emitir la resolución. Si el Tribunal no se pronuncia dentro del plazo indicado, la prescripción reanuda su curso, adicionándose el periodo transcurrido con anterioridad a la suspensión.
- b) En los casos establecidos en el numeral 258.1 del artículo 258, durante el periodo de suspensión del procedimiento administrativo sancionador.

1.5 Tipos de Sanciones que regula la Ley de Contrataciones del Estado

Se procede a delimitar los tipos de sanciones establecidas por la Ley.

1.5.1 Concurrencia de infracciones

De ser el caso, que un participante, postor durante el procedimiento de selección, o sobre todo si un contratista o consultor en el mismo contrato, cometa más de una infracción, el Tribunal de Contrataciones del Estado aplicará la sanción más alta de las cometidas, y de

ser el caso, en el supuesto de que dentro de las sanciones existan multa e inhabilitación, se aplicará la sanción de inhabilitación y establecerá el plazo del mismo.

1.5.2 Notificación de las sanciones

Al inicio del procedimiento administrativo sancionador, todo pronunciamiento del Tribunal de Contrataciones del Estado, se notificará en el domicilio del investigado que señaló en el Registro Nacional de Proveedores – RNP, en el horario de atención del OSCE, y si caducó el RNP, se hará en el domicilio del DNI o del RUC para personas naturales y jurídicas respectivamente. Sin perjuicio que se establezca notificación mediante casillas electrónicas.

Algo de suma importancia, es que si se notifica fuera de dicho horario, se va a considerar que se realizó el día siguiente hábil de realizada.

Durante el procedimiento sancionador, el Tribunal de Contrataciones notificará mediante toma razón, que es un mecanismo electrónico implementado por el OSCE.

1.5.3 Recurso de Reconsideración

Contra las resoluciones de sanción expedidos por el Tribunal de Contrataciones del Estado, procede únicamente el Recurso de reconsideración, para que la misma autoridad que aplicó la sanción, vuelva a tomar conocimiento y de ser el caso revoque la sanción.

El plazo para interponer el recurso de reconsideración es de cinco (05) días hábiles desde el día siguiente de notificada la sanción, y tiene como requisito de procedibilidad, el ofrecer la garantía de (01) una UIT y que tenga una vigencia mínima de 30 días calendario. Si en el escrito del Recurso no se ha presentado la garantía, se le otorgará al impugnante el plazo de dos días para que subsane dicha omisión.

Si se declara fundado en parte o en todo, o se declare nulo el procedimiento, se procederá a devolver la garantía al impugnante, pero en el caso que se desestime el recurso, se procederá a ejecutar el mismo.

Con el pronunciamiento de la resolución que resuelve la reconsideración, o de ser el caso después del sexto día hábil de la primera resolución de sanción y que el

investigado no interpuesto recurso de reconsideración, contra dichas resoluciones, solo procede la acción contenciosa administrativa ante el Poder Judicial, contra:

- a) La resolución que impone una sanción; o
- b) La resolución que resuelve el recurso de reconsideración interpuesta contra una resolución sancionatoria.

Y, finalmente según el Reglamento, en su artículo 230°, indica que la vigencia de la sanción solo se suspende mediante una medida cautelar emitida en proceso judicial.

1.6 Jurisprudencia emitida por el Tribunal de Contrataciones del Estado sobre el consentimiento de la resolución contractual

Se realizó un estudio de las sanciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado, y se seleccionó los casos que efectivamente sustentan la investigación, al aplicar sanción al contratista por no acudir a una solución de controversia, hasta incluso acudiendo se archivó por diferentes motivos, por lo que el Tribunal procedió a sancionar al contratista que en algunos casos a pesar de que justificaron que la resolución contractual fue injusta, igual se procedió a sancionar.

Es interesante poder evaluar la norma de sanción en el tiempo y como el Tribunal, mediante Resolución N° 1725-2019-TCE-S3 con el número de Expediente N° 1454/2018.TCE, ha resuelto un caso bajo la vigencia de la Ley de Contrataciones del Estado, Decreto Legislativo N° 1017 que fue modificada por la Ley N° 29873, con su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 184-2008-EF con sus modificaciones respectivas, pero para evaluar el análisis del procedimiento de resolución contractual y los mecanismos de solución de controversias.

Dicho Tribunal tipificó la infracción del literal e) del numeral 50.1° de la Ley actual de Contrataciones del Estado, Ley N 30225, porque la infracción se cometió el 14 de junio de 2016, tiempo que ya se encontraba vigente la actual Ley, además de sustentar dicha aplicación al numeral 5 del artículo 248 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Es así, que en el citado caso, la Entidad resolvió el contrato, y el contratista tenía el plazo de quince (15) días hábiles después de la resolución para acudir a conciliación y/o arbitraje, por lo que el contratista solicitó conciliación y no se llegó a un acuerdo

conciliatorio, dándose inicio al plazo para acudir a Arbitraje, pero el contratista no inició arbitraje, por lo que la decisión quedó consentida. Entonces el Tribunal procedió a sancionar al contratista por un periodo de seis (6) meses de inhabilitación temporal en sus derechos de participar en procedimiento de selección y contratar con el Estado.

Así tenemos un sin número de Resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, que sancionan con inhabilitación a Contratistas por dejar consentir la resolución contractual, como tenemos la Resolución N° 1707-2019-TCE-S2, la Resolución N° 0014-2019-TCE-S4, en donde la Entidad bajo apercibimiento otorgó el plazo de (01) un día para cumplir con sus obligaciones esenciales y al no cumplirlo se le procedió a resolver el Contrato.

Es así, que procederemos a mencionar las resoluciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, que resuelven temas afines a dejar consentida la resolución contractual, que sirve como fuente para la presente investigación:

- La Resolución N° 0015-2019-TCE-S4.
- La Resolución N° 0062-2019-TCE-S2
- La Resolución N° 0067-2019-TCE-S2
- La Resolución N° 1585-2019-TCE-S1
- La Resolución N° 1833-2019-TCE-S2
- La Resolución N° 1706-2019-TCE-S1
- La Resolución N° 2044-2018-TCE-S3
- La Resolución N° 2089-2018-TCE-S3
- La Resolución N° 2308-2018-TCE-S1
- La Resolución N° 2250-2018-TCE-S4

Entre muchas más que, por el mero hecho que la Entidad resolvió el contrato, sea el motivo que sea, por no acudir a arbitraje, quedó consentida la resolución contractual y por ende aplicar sanción de inhabilitación en contra del contratista.

Cabe indicar que hay veces que el contratista no acudió a arbitraje por motivos económicos, o habiendo acudido se archivó por no asumir la totalidad de los honorarios; del mismo modo, el Tribunal de Contrataciones del estado, desmotiva y de cierto modo vulnera el Derecho de defensa a los contratistas investigados a apersonarse al procedimiento para defenderse sobre el procedimiento administrativo sancionador sabiendo que no fue a arbitraje, acudir con un abogado para defenderse y gastar más

dinero, sería en vano, porque el Tribunal igual va a sancionar, estaríamos en una suerte de sancionar al que no tiene dinero y desmotivar defenderse ante el Tribunal del OSCE porque será predecible la sanción por más que tal vez no sea justa la sanción y fue negligencia o culpa de la Entidad para resolver el contrato. Conforme lo desarrollado, se procederá a mencionar y comentar resoluciones de sanción que son acorde al tema de investigación.

1.6.1 Casos que el contratista acudió a conciliación pero se archivó por inasistencia de las partes

Mediante la Resolución N°2196-2018-TCE-S4, de fecha 04 de diciembre de 2018, se resuelve un contrato emitido por el Gobierno Regional de Huancavelica, debido a que la decisión de resolver el contrato fue por la causal: cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

Al respecto, la resolución contractual fue comunicada el 13 de junio de 2016, y ante tal hecho, el contratista solicita conciliación el 27 de junio de 2016, pero por la inasistencia de una de las partes se frustró la conciliación el 24 de octubre de 2016, por lo que cualquiera de las partes tenía hasta el 16 de noviembre de 2016, pero el contratista no acudió a arbitraje dentro del plazo legal, por lo que ha quedado consentida la resolución contractual y el Tribunal de Contrataciones mediante un procedimiento administrativo sancionador procedió a sancionar al contratista con (05) cinco meses de inhabilitación, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e), 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado.

Del mismo modo, otro caso es la Resolución N°1725-2019-TCE-S3, de fecha 24 de junio de 2019, se resuelve un contrato por parte del Gobierno Regional de Huancavelica, debido al incumplimiento de la cláusula segunda del contrato y que dicha situación de incumplimiento no pueda ser revertida.

Al respecto, la resolución contractual fue comunicada el 14 de junio de 2016, ante tal hecho, el contratista solicita conciliación el 28 de junio de 2016 referida a la resolución contractual, pero por la inasistencia de una de las partes se frustró la conciliación en fecha 24 de octubre de 2016, pero el contratista no acudió a arbitraje dentro del plazo legal, por lo que ha quedado consentida la resolución contractual y el Tribunal de Contrataciones mediante un procedimiento administrativo sancionador procedió a sancionar al contratista

con (06) seis meses de inhabilitación, por la comisión de la infracción tipificada en el literal e), 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado.

En ambos casos, el Tribunal no menciona ni toca el fondo de la resolución contractual, sino únicamente verifican la forma, o sea, si fueron o no a arbitraje, de no ser así, proceden a sancionar.

1.6.2 Caso en donde el contratista acudió a la solución de controversia pero de forma extemporánea, y se indicó ante el tribunal, que la entidad resolvió mal el contrato.

Este caso es de suma importancia para mi investigación, ya que mediante Resolución N° 1858-2018-TCE-S1, el Tribunal de Contrataciones del Estado procedió a sancionar a los dos contratistas miembros del mismo Consorcio, con (06) y (07) meses a cada uno, por no acudir a Arbitraje, pero lo curioso es que sí acudieron a una solución de controversia pero fue hecha de forma extemporánea. Al respecto, en dicha Resolución se indicó que el Gobierno Regional de Huánuco, mediante Carta Notarial, notificado al contratista el 12 de agosto de 2015, otorgó el plazo de cinco (05) días cumpla con presentar documentación para la aprobación del Expediente Técnico.

Es por ello que el 09 de octubre de 2015, la Entidad procede a resolver el contrato porque el Contratista no cumplió con el requerimiento. Pero ante ello se acudió a Conciliación, y mediante acuerdo conciliatorio la Entidad se comprometió dejar sin efecto la resolución contractual y otorgó al contratista cincuenta (50) días para que cumpla con la presentación de la documentación. Por incumplimiento de dicho acuerdo, la Entidad, mediante Carta Notarial con fecha de notificación 05 de mayo de 2017, comunicó la resolución contractual.

Ahora, algo importante es que el Contratista en su descargo indicó:

- La Entidad no cumplió con el debido procedimiento para resolver el Contrato al no notificar debidamente el apercibimiento de la resolución en el domicilio contractual del consorcio, y
- La Carta Notarial no cuenta con certificación notarial respecto a su diligenciamiento

Pero el Tribunal, procede a indicar lo siguiente:

Al respecto, en los documentos obrantes en el presente expediente se identifica la copia fedateada de la Carta Notarial N° 207-2017-GRH del 5 de mayo de 2017 (presentada por la Entidad mediante Carta N° 374-2017-GRH-ORA/OLSA), en donde se verifica que la misma fue notificada en el domicilio que el Consorcio estableció en el Contrato para dicho fin y cuenta con la certificación del Notario de Huánuco abogado Luis Dominique Palacios, esto es, fue debidamente diligenciada notarialmente.

Por otro lado, sobre el no cumplimiento por parte de la Entidad de notificar el apercibimiento de la resolución del Contrato, es oportuno indicar que, de acuerdo al Acta de Conciliación N° 017-2017, se acordó, entre otros, otorgar al Consorcio cincuenta (50) días calendario para cumplir con lo requerido, debajo la condición de que ante el incumplimiento del mismo se resolvería de manera definitiva el contrato; en tal sentido, en el presente caso era suficiente comunicar vía notarial la resolución en tanto dicha Acta tiene como antecedentes un apercibimiento y una resolución en tanto dicha Acta tiene como antecedentes un apercibimiento y una resolución notificados por dicha vía.

Conforme a lo esbozado, resulta relevante señalar que, en opinión de esta Sala, se aprecia que la Entidad dio debido cumplimiento al procedimiento de resolución contractual previsto en el artículo 169 del Reglamento. (Resolución N° 1858-2018-TCE-S1, 2018) (pp. 09-10).

Se puede observar, que el Tribunal procede a motivar y comentar sobre el fondo de la resolución contractual, de los dos puntos, en especial en el segundo párrafo, se sustenta que era suficiente comunicar vía notarial la resolución contractual; contradiciéndose con los demás tipos de resoluciones y al Acuerdo de Sala, porque en este punto en vez de ir a la forma si acudió o no a una solución de controversia, previamente procedió a sustentar y de forma indirecta resolver, que se resolvió bien, con lo que estaría dando cierto punto de apoyo a mi investigación, a que el tribunal puede verificar el fondo o al menos evaluar el fondo del caso para resolver el caso, y no a ciegas de fondo y proceder a sancionar solo por el hecho que no se acudió a arbitraje. Sin perjuicio que el Contratista sí acudió a conciliación pero lo realizó de forma extemporánea, por ello se procedió a sancionarlo.

1.6.3 Caso que se acude a arbitraje pero se archiva por falta de pago, y la entidad sanciona.

Este caso es emblemático para mi investigación, debido que mediante Resolución N° 1819-2018-TCE-S2, donde se sanciona a Lider Security SAC con doce (12) meses de inhabilitación temporal, debido a que OSIPTEL le resolvió el contrato por causal atribuible al contratista, y que dicha resolución quedó consentida.

La Entidad resolvió el contrato el 26 de noviembre de 2015 por causal de incumplimiento de sus obligaciones, luego de su apercibimiento, el Contratista, procede a iniciar Arbitraje cuestionando la Resolución contractual, en fecha 30 de noviembre de 2015, ante Arbitraje Administrativo del OSCE, y se desarrolló el Acta de Instalación el 04 de enero de 2016.

El Árbitro, mediante resolución N° 04 de fecha 25 de abril de 2016, ordenó el archivo definitivo del proceso, debido a que las partes no cumplieron dentro de plazo según Resolución N° 03, a proceder a cancelar los gastos arbitrales.

En ese sentido, según lo indicado en dicha resolución y lo mencionado en los párrafos anteriores, el Tribunal de Contrataciones emite un comentario controvertido, al indicar:

De la lectura de las disposiciones reseñadas y conforme a los criterios utilizados por el Tribunal en anteriores oportunidades, para que la infracción imputada se configure, es menester que la Entidad, efectivamente, haya resuelto el contrato conforme al procedimiento descrito. De esta manera, aún en los casos en los que se hayan generado incumplimientos contractuales, si la Entidad no ha resuelto el contrato con observancia de las normas citadas y el debido procedimiento, la conducta no podrá ser pasible de sanción, asumiendo la Entidad la exclusiva responsabilidad respecto a tal situación.

Por otra parte, el artículo 170 del Reglamento, refirió que cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato podría ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los quince (15) días hábiles siguientes de comunicada la resolución (Resolución N° 1819-2018-TCE-S2, 2018) (p. 05).

Indica que si la Entidad no resolvió conforme a Ley, dicha conducta no será plausible de sanción y será responsabilidad de la Entidad, y posteriormente indica que conforme a Ley y al discutido Acuerdo de Sala Plena, la controversia del contrato puede ser sometida a conciliación y/o Arbitraje; siendo un hecho controvertido, porque primero reconocen que si la Entidad resolvió mal, no se sancionará al Contratista – hecho que debería ser siempre – pero después se aleja de dicho Derecho e indica que se tiene que ir a arbitraje a resolver el conflicto, sino sanción.

Es así que se cita un párrafo de dicha resolución en donde se indica:

Tal como se aprecia, en el Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 se estableció, de manera clara y precisa, que en el procedimiento administrativo sancionador no le corresponde a este Tribunal evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, toda vez que como lo establecía la propia normativa de contratación pública –numeral 52.2 del artículo 52 de la Ley- la referida controversia se resolvía través de la conciliación o el arbitraje correspondiendo por tanto al Tribunal tan solo verificar si la decisión de la Entidad adquirió o no la calidad de consentida o firme (Resolución N° 1819-2018-TCE-S2, 2018) (p. 08).

Es así, que como se indica en ese párrafo, el Tribunal reconoce su poder abusivo y a resolución a ciegas, en donde se cierran a indicar que no les importa el fondo de la resolución contractual, ni siquiera de posibles responsabilidades funcionales, sino que solo les importa si está o no consentida la resolución contractual.

En ese presente caso, sí se acudió a Arbitraje, y que es probable que el contratista haya tenido razón para revertir la resolución contractual, y que la Entidad no asumió el pago de los honorarios a sabiendas o por presupuesto, pero lo que importa es que sí hubo intención del contratista a acudir a arbitraje pero no pudo costear los honorarios del árbitro y del secretario por ser probablemente elevados, por lo que por ese hecho no es justo que se sancione a una persona con inhabilitación por no tener recursos para defender sus Derechos, es por eso que es menester que se modifique la norma y el Acuerdo de Sala.

1.6.4 Caso que a pesar de que el contratista cumplió el contrato pero no acudió a arbitraje, a pesar que se indicó ante la sala que no tienen responsabilidad se procedió a sancionar

Se procederá a indicar un caso que pondrá en claro que no es justo sancionar a un contratista inocente que cumplió con sus obligaciones, y que por falta de recursos o simplemente no querer ejercer la facultad de acudir a arbitraje se le inhabilite para contratar con el Estado, es así que mencionaremos lo siguiente:

La Resolución N° 1744-2019-TCE-S3 de fecha 25 de junio de 2019, del Exp. N° 171/2019, la Tercera Sala del Tribunal de Contrataciones del Estado, sancionó a la empresa All Japan Motors S.A.C. con una inhabilitación de siete (7) meses por su

responsabilidad de que la Dirección de Economía y Finanzas de la Policía Nacional del Perú, proceda con la resolución contractual y que el contratista no ha acudido a conciliación y/o arbitraje.

El contratista fue notificado el 04 de octubre de 2018 con la Resolución Contractual debido al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, y mediante Carta N° 388-2018/Alljapanmotors, con fecha 09 de octubre de 2018, dio respuesta a la resolución contractual, indicando que la empresa cumplió con la entrega del servicio de mantenimiento correctivo dentro del plazo estipulado en el contrato.

Así mismo, indicó que mediante Oficio N° 1391-2018-DIRADM/PNP-DIVLOG-DEPMAN-ADM del 26 de setiembre de 2018, se tuvo la constancia de operatividad mediante Informe N° 160-2018-DIRADM/PNP-DIVLOG-DEPMAN.ADM, de que nueve de once ómnibus se encuentran operativos y aptos para el servicio policial.

Del mismo modo, alegó que mediante Carta N° 429-2018-ALLJAPANMOTORS SAC del 27 de noviembre reiteró nuevamente, que mediante N° 1644-2018-DIRADM/PNP-DIVLOG-DEPMAN.ADM, Maestranza informó el levantamiento de las observaciones y remitió la conformidad del servicio de los 11 ómnibus, de conformidad a los términos de referencia.

En este caso, el Contratista en su escrito de descargo frente al Tribunal y en plena Audiencia frente al Tribunal ha enfatizado que la Entidad resolvió el contrato de forma arbitraria indicando:

- Que solicitó el pago por el servicio realizado y se le devuelva la carta fianza
- Que notificó el Informe Técnico N° 216-2018-DIRADM-PNP/DIVLOG-DEPMAN-ADM, señaló que el personal técnico determinó que se levantaron las observaciones y que encuentran conformes.
- Indicaron que cumplieron con el contrato y cuentan con los informes técnicos que lo avalan

Ahora, un dato curioso, el Tribunal mediante decreto solicita a la Entidad lo siguiente:

Sírvase informar, si luego de lo comunicado en el Informe N° 216-2018-DIRADM-PNP/DIVLOG-DEPMAN-ADM del 14 de noviembre de 2018, suscrito por el Comandante PNP Enrique Valderrama Castillo, Jefe del Departamento de Mantenimiento DIVLOG-DIRADM-PNP y CAP. S PNP Iván Joel Condori Sotomayor, Enc. Man. Y Ope. Del DEPMAN DIVLOG-DIRM-PNP, en el cual señalaron que, de la

revisión técnica efectuada a los once (11) ómnibus, marca MAN, luego de constatar la subsanación de las observaciones de los trabajos realizados, que estos se encontraban conforme a lo solicitado, la resolución del Contrato N° 17-2018-DIRECFIN-PNP, comunicada a la empresa ALL JAPAN MOTORS SAC a través de la Carta Notarial N° 29-2018-DIVLOG-PNP/DEPABA-SEJCON, mantiene sus efectos (Resolución N° 1744-2019-TCE-S3 , 2019) (p. 06)

La Entidad responde dicho Decreto mediante Oficio N° 3298-2019-DIRADM-DIVLOG-PNP/SEC indicando que la resolución contractual mantiene sus efectos y que el informe técnico ha sido después de la resolución contractual.

En la Resolución, como en la mayoría de resoluciones de este tipo, indican que el consentimiento de la resolución contractual por parte del contratista es de responsabilidad exclusiva de esta y por ende configura infracción, y es así, que no interesa si el contrato fue bien resuelto, sino únicamente si se acudió o no a conciliación y arbitraje, en donde se estaría abusando del poder del Estado y limitando la libertad del contratista y el debido procedimiento.

1.6.5 Caso que a pesar de que el contratista indica a la sala que fue una resolución ilegal, igual se sancionó

Este caso, es el más importante que acredita que el Tribunal de Contrataciones del Estado y la Ley de Contrataciones del Estado, sanciona a los contratistas por más que tenga la razón, por más que la Entidad haya resuelto un contrato de forma ilegal o abusiva, siempre y cuando el contratista no la cuestione ante conciliación o arbitraje, y no importe y se respete la decisión del contratista de no acudir a dichas instancias, y simplemente se proceda a sancionar al contratista que no tiene recursos económicos al decidir no acudir a arbitraje o acudiendo a éste se archiva por falta de pago, limitando sus Derechos y denotando la desigualdad de condiciones, en pocas palabras, en algunos casos se sanciona a un inocente que no tuvo recursos económicos para defenderse.

Es así, que la (Resolución N° 1287-2018-TCE-S1, 2018) de fecha 06 de julio de 2018, la Primera Sala del Tribunal de contrataciones del Estado, en el expediente N° 2538-2017.TCE, se sancionó a la empresa ATYPAX SAC por el periodo de seis (6) meses de inhabilitación temporal por la responsabilidad de haber ocasionado que la Entidad resolviera el contrato.

El caso radica que la empresa celebró un contrato con el Ministerio de Económica y Finanzas, referente a la contratación del servicio de diseño del nuevo portal web del MEF, por el monto de S/.94,500.00 soles.

El Tribunal citó que la Entidad resolvió el contrato debido a la sustentación del Informe N° 385-2017-EF/43.03 de fecha 22.08.17, donde se indicó que la Entidad otorgó un plazo prudencial al contratista para levantar observaciones al primer y segundo entregable y que el Contratista no subsanó dichas observaciones en sus Cartas de subsanaciones de fechas 20 y 24 de febrero de 2017 y el 20 de marzo de 2017; y por ello la Entidad notificó la pre resolución contractual mediante Oficio N° 0363-2017-EF/43.03 otorgándole dos días para subsanar las observaciones y que el contratista no remitió la documentación requerida, por lo que se resolvió el contrato mediante Oficio N° 387-2017-EF/43.03 notificado el 03 de mayo de 2017.

Dicha resolución quedó consentida el 15 de junio de 2017, debido a que el Contratista no acudió a conciliación y/o arbitraje.

Es por ello que se da inicio al procedimiento administrativo sancionador, en donde dentro de fecha el contratista realizó su descargo indicando en forma de resumen los tres puntos materia de resolución:

- 1) Sobre la no subsanación del primer y segundo entregable:
 - a) Que el contratista presentó dentro de fecha el primer entregable
 - b) Que la Entidad observó 27 días después de presentado el Primer Entregable
 - c) Que subsanado dicho primer informe, y la Entidad 26 días después observó de nuevo, y después levantó dichas observaciones
 - d) Que el contratista presentó dentro de fecha el segundo entregable
 - e) Que la Entidad observó 20 días después de presentado el Segundo Entregable y fue subsanado por el contratista.
 - f) Se cursó carta notarial de fecha 20 de marzo de 2017 solicitando la conformidad del primer y segundo entregable, debido a que pasaron 29 días y no tenían respuesta del segundo entregable.
 - g) Recién el 24 de abril de 2017, se le otorgó 2 días para subsanar observaciones que ya fueron absueltas e informadas por una Carta anterior.
 - h) Que subsanado dicho segundo informe, la Entidad 29 días después observó de nuevo, y después levantó dichas observaciones
- 2) Sobre la deficiencia del servicio

- a) Indicó que la Entidad observó puntos que no fueron materia de las Bases, Términos de Referencia y Contrato, que no constaban en ningún documento las observaciones que estaban realizando, que no fue obligación convocada.
 - b) La Entidad requirió un análisis del estado de los viajes al interior del país, donde tal hecho no estaba establecido en el contrato y los términos de referencia, y a pesar de eso, el contratista lo realizó.
 - c) Que la supuesta deficiencia, han sido de criterios que no fueron convocados, ni en los términos de referencia ni en el contrato, sino fue decisión subjetiva de la Entidad.
- 3) Sobre la incompatibilidad en las formas de trabajo
- a) El Contratista indicó que a la fecha desconoce que es observación de incompatibilidad en las formas de trabajo, ya que sería una observación no tenida en los términos de referencia y el Contrato
 - b) Indicó que la Entidad realizó observaciones subjetivas, que no estaban expresadas en ningún documento.

El contratista en la Audiencia de Informe Oral y en su escrito, indicó que a la fecha la entidad no le había pagado por el primer entregable ni por el segundo entregable, sino que le resolvieron el contrato por observaciones subjetivas.

A pesar de los argumentos sustentados, que se resolvió el contrato por incumplimiento de obligaciones no establecidas en el contrato ni en las bases, el Tribunal de Contrataciones procedió a sancionar al Contratista con inhabilitación temporal, porque no acudió a resolver el conflicto ante conciliación o arbitraje.

Es así, como se puede apreciar, que exista o no una vía idónea, en un procedimiento de sanción, se le tiene que brindar garantías al investigado, es por ello, que si van a sancionar a un contratista es porque sea culpable, y no que, siendo inocente, se le sancione por no acudir a arbitraje, y el Tribunal de Contrataciones se limite a ser inquisidor.

Por ello se viene demostrando que el criterio del Tribunal de Contrataciones es sancionar por fundamentos de forma y no de fondo, porque sanciona solo por el mero hecho que no se acudió a una solución de controversias, pasando a segundo plano si dicha resolución fue legal o no.

1.7 Análisis sobre las sanciones emitidas por el Tribunal de Contrataciones del Estado sobre el consentimiento de la resolución contractual

Como se ha desarrollado en el numeral anterior, el Tribunal aplica de forma extrema el literal f) numeral 50.1 de la Ley de Contrataciones, al indicar que el contratista dejó consentir la resolución contractual, por lo que al iniciar el procedimiento administrativo sancionador, a pesar que otorga el derecho de defensa al contratista para que realice su descargo y el uso a una audiencia pública, el Tribunal se va a limitar en este tipo de casos, de que si el contratista acudió o no a un medio de solución de controversia, sea conciliación o arbitraje, o si acudió, si existe solución al mismo; caso contrario, procederá a aplicar la norma, sin interesarle el motivo de la resolución contractual o si se siguió el procedimiento establecido en la Ley.

Un dato interesante, es el argumento en muchas de las resoluciones, al sustentar su decisión al (Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 , 2012) del 20 de setiembre de 2012, donde el Tribunal de Contrataciones del Estado, aprobó el Acuerdo de procedimiento de resolución contractual por incumplimiento del contratista como condición necesaria para la imposición de sanción, dicho Acuerdo, aprobó diferentes tipos de criterios de interpretación, pero para la materia del presente investigación, se acordó en el numeral 4° lo siguiente:

4.En el procedimiento sancionador no corresponde evaluar la decisión de la Entidad de resolver el contrato, constituyendo un elemento necesario para imponer la sanción, verificar que esa decisión ha quedado consentida, por no haberse iniciado los procedimientos de solución de controversia conforme a lo previsto en la Ley y su Reglamento. De haberse iniciado una conciliación o un procedimiento arbitral, un requisito para la imposición de la sanción es que haya un acta de conciliación o un laudo arbitral que confirme la resolución contractual declarada por la Entidad o, en caso contrario, un acta o constancia emitida por el conciliador en el que conste que no hubo acuerdo sobre esta decisión o una resolución que declare el archivamiento definitivo del proceso arbitral (p. 9).

Como se puede observar, en dicho Acuerdo se ha indicado que si no se acude a una conciliación y en especial al Arbitraje, - en donde ellos mismos en dicho Acuerdo indican que el Arbitraje es el único y obligatorio medio de resolución de controversias para las contrataciones del Estado-, se estaría consintiendo la resolución contractual y por

ende el Tribunal de Contrataciones del Estado estaría facultado a imponer sanción frente al contratista.

Ahora, es importante indicar que en el mismo (Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 , 2012) se reconoce que el Arbitraje es más oneroso, es así que se puede ver en las Consideraciones, punto número 2°, indica:

CONSIDERACIONES:

2. Por su parte, el arbitraje mismo, no obstante que ya tiene más de diez años de vigencia en las compras del Estado, contrae una serie de limitaciones en su aplicación y uso; ya sea porque todavía no existen árbitros especializados (con conocimientos tanto en contrataciones públicas como en procedimiento arbitral) en todas las regiones del país, o generalmente porque, en algunos casos, resulta inviable o ineficiente desde el punto de vista económico (como consecuencia del análisis de costo-beneficio que hacen los proveedores como agentes del mercado), dado que el pago de los gastos arbitrales resulta mayor que el monto de la controversia (p. 10).

Es así, que se puede ver que es un despropósito que el mismo Tribunal de Contrataciones, donde indica que el arbitraje en varias veces más oneroso que el mismo contrato, que ello dificulta a muchas de las partes en no poder pagar los honorarios arbitrales y se conllevará a archivar el proceso por impago o simplemente por decidir no acudir al arbitraje por motivos personales y sobretodo económicos; y de forma de acuerdo dejan en claro que si no acuden a arbitraje se les impondrá sanción por dejar consentir dicha resolución, pero qué sucede con el que acude pero no puede pagar los honorarios y más aún la subrogación que en muchas de las veces la Entidad no realiza el pago, por falta de pago la Institución Arbitral o el Árbitro procederá a suspender el proceso por diez (10) días y posterior a eso, a archivarlo.

Dicho acuerdo no ha previsto la figura de acudir a arbitraje pero que se archive por falta de pago por motivos económicos del contratista, siendo totalmente injusto y afecta su debido proceso, igualdad de trato, y un proceso justo porque no puede permitirse que por no pagar los honorarios del proceso arbitral, se archive el proceso, y por ende se consiente la resolución contractual y que el Tribunal de Contrataciones no valore dicha situación y de forma inquisitiva proceda a realizar el procedimiento administrativo sancionador y sin interesarle los verdaderos motivos de la resolución, si pudo o no haber

posible acto de nulidad o abuso en contra del contratista vulnerando todos los Derechos que le acoge, se proceda a sancionar mediante una inhabilitación.

Es que en la presente investigación se ha desarrollado la opción de que un contratista que haya dejado consentir una resolución, no significa necesariamente que sea culpable y que por no acudir a un medio de solución de controversia, no es justo que se le sancione con una inhabilitación, en pocas palabras, se busca evitar que se sancione administrativamente a un inocente.

De ser así, se estaría vulnerando y transgrediendo la normativa nacional hasta incluso internacional, tal como lo indica la (Constitución Política del Perú, 1993), establece en el artículo 2°, inciso 24, numeral e) como derecho fundamental el Derecho a la Presunción de Inocencia, que indica: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”

En el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, el derecho a la presunción de inocencia aparece considerado en el artículo 11.1 de la (Declaración Universal de los Derechos Humanos), en el sentido de que:

Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa.

De conformidad a la (STC N° 0618-2005-PHC/TC, 2015), fundamentos 21 y 22) que el derecho fundamental a la presunción de inocencia, en tanto que presunción *iuris tántum*, implica que

A todo procesado se le considera inocente mientras no se pruebe su culpabilidad: vale decir, hasta que no se exhiba prueba en contrario. Rige desde el momento en que se imputa a alguien la comisión de un delito, quedando el acusado en condición de sospechoso durante toda la tramitación del proceso, hasta que se expida la sentencia definitiva.

Es así que el Tribunal de Contrataciones del Estado, en la causal de dejar consentida la Resolución contractual, únicamente se va a dedicar verificar el cumplimiento de la formalidad establecida en la norma y en el Pleno, que se refiere que si no acudió a solución de controversias y dejó consentir la resolución, se procede a sancionar al contratista, con lo que no evaluarían el fondo de la sanción, o sea, incumplir la formalidad y causa suficiente para que se proceda a sancionar a un contratista, hecho

que es debatido y cuestionado en la presente investigación, más aún cuando el mismo contratista deja en claro que sí cumplió con sus obligaciones contractuales y que la resolución ha sido ilegal, pero tomó la decisión de no acudir a arbitraje por cualquier motivo, y no por ello, se tiene que sancionar a un contratista que en muchos de los casos es inocente, tal como se señaló en el caso de la empresa Atypax.



CAPÍTULO II: EL CONTRATO EN LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

2.1 El Contrato Administrativo en las Contrataciones del Estado

El concepto de contrato tanto privado como administrativo, tiene varias de las condiciones similares, porque en ambas existen obligaciones y deberes, pero en el contrato administrativo prima el interés público frente al interés privado en un contrato privado, tanto es así, que según la Ley de Contrataciones del Estado exige que todo contrato tenga mínimo cuatro (04) cláusulas obligatorias, por lo que podría de cierto modo, indicar que el Estado siempre va a tener mejor postura frente al privado, además que el Estado se ampara en la Ley al momento de la emisión de sus pronunciamientos o actos administrativos.

Para la doctrina existe una complejidad al tratar de conceptualizar al contrato administrativo, es por ello que (Cassagne, 1999), da una aproximación al decir:

Así, para que exista contrato administrativo, como acto administrativo que es en definitiva, se requiere que el acuerdo sea celebrado por un órgano del Estado en ejercicio de la función administrativa, lo cual conduce a la institución de un régimen jurídico específico exorbitante del Derecho privado (en materia especialmente de ejecución y extinción). Habrá de esta manera contratos administrativos en el ámbito de los tres órganos en que se distribuye el poder estatal: Ejecutivo, Legislativo y Judicial (p. 22).

Desde un criterio nacional, el Maestro (De La Puente, 1991), otorga un concepto de contrato administrativo, indicando: "El acuerdo de voluntades, generador de obligaciones, celebrado entre un órgano del Estado, en ejercicio de las funciones administrativas que le competen, con otro órgano administrativo o con un particular" (pp. 361-362).

Del mismo modo, tenemos el comentario de los doctores (Amado & Miranda, 2000), quienes sostienen:

Hemos sostenido que los contratos administrativos están regulados por el derecho público y, en consecuencia, no se encuentran sometidos al régimen de excepción establecido por la cláusula pacta sunt servanda contenida en el artículo 62 de la Constitución. Suele

admitirse que en los contratos administrativos una de las partes contratantes es siempre el Estado y que el contrato administrativo puede serlo por razón de su objeto o por contener cláusulas exorbitantes del derecho privado (p. 258).

Para tener un poco más en claro dichos conceptos, tenemos que señalar que se podría definir como cláusulas exorbitantes en los contratos, donde la Entidad ejerce su poder de decisión al momento de imponer condiciones, obligaciones y deberes de las partes y en especial del agente privado (contratista), rompiendo el objetivo de un contrato privado, que es el de igualdad, es por ello que dichas cláusulas fueron impuestas por la Entidad y no fueron materia de negociación ni discusión por parte del agente privado, es así, que en los contratos de las contrataciones del estado, se dan con mayor envergadura, porque se imponen condiciones como resoluciones, garantías, etc.

El Dr. (De La Puente, 1991), se refiere a las cláusulas exorbitantes y su crítica al mismo, expresando:

Las cláusulas exorbitantes son aquellas que resultarían ilícitas en el Derecho Privado, entonces es claro que sólo se las podrá incluir en los contratos regidos por el Derecho Público, los administrativos, pues en caso contrario serán nulas, pero el incluirlas no hará de un contrato privado uno administrativo. En definitiva, es debido a que el contrato es administrativo que su inclusión resulta válida y no a la inversa (p. 362).

Es en ese sentido, que la materia del presente trabajo, nos estamos refiriendo a todas las Entidades del Estado que convoquen la contratación de un servicio, bien u ejecución de obra para que los interesados que serían desde los participantes puedan evaluar las condiciones, postulen a dicha convocatoria convirtiéndose postores del mismo, y que se le adjudique la buena pro al ganador, el cual se convertirá contratista y/o consultor (según el tipo de contrato) para que éste cumpla con todo lo requerido y se someta a las condiciones que la Entidad ha indicado tanto en la convocatoria como en el contrato.

2.1.1 Partes del Contrato en las Contrataciones del Estado

Las partes que participan en los Contratos regulados por la Ley de Contrataciones del Estado, de forma inicial podríamos indicar que son dos, la Entidad Pública, quien es la parte convocante; y del otro lado al Contratista, quien es el que celebra el contrato.

Pero queremos indicar que dentro del concepto contratista, puede haber más partes que participan dentro del contrato como por ejemplo los subcontratistas.

2.1.1.1 La Entidad Pública

En este tipo de Contratos, el Estado va a intervenir mediante las Entidades Públicas, que van a buscar la contratación de bienes, servicios u obras, en donde se va a velar el Interés Público y respetando lo regulado por la norma pertinente.

Es así, mediante el requerimiento el área usuaria va a emitir la necesidad de ser requerida y cumplida por algún contratista que cumpla con todos los requisitos que se publique en las Bases convocadas.

La Entidad va a realizar su actividad mediante sus funcionarios y/o servidores públicos, los cuales son los responsables exclusivos del desarrollo de las etapas de la contratación pública, desde el área usuaria en los Actos Preparatorios, el Comité de Selección en el Proceso de Selección y hasta el personal responsable en la Ejecución Contractual.

En la etapa de Ejecución Contractual, es cuando la mayoría de veces, los funcionarios y/o servidores públicos son los obligados a llevar una correcta ejecución del contrato, y que deben cumplir sus funciones laborales en la Entidad de forma idónea, correcta y proba, pero en muchas de las veces, hay personal que cometen errores garrafales al momento de emitir actos administrativos, esas resoluciones, oficios que aceptan rechazan, observan, sancionan y hasta incluso resuelven contratos a los contratistas, cuando no debió suceder, es por ello que éstos trabajadores están sujetos a fiscalización pero su actuar puede conllevar a un perjuicio irremediable a algunos contratistas y hasta incluso conllevar a procesos arbitrales que la Entidad va a terminar perjudicada asumiendo costos e indemnizaciones que no debieron ocurrir si solo, éstos hubiesen actuado conforme a la ley y al reglamento.

Ahora, nuestra normativa señala de forma especial quienes pueden ser considerados como Entidad en las Contrataciones del Estado, es así que el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), señala:

Artículo 3. Ámbito de aplicación

3.1 Se encuentran comprendidos dentro de los alcances de la presente Ley, bajo el término genérico de Entidad:

- a) Los Ministerios y sus organismos públicos, programas y proyectos adscritos.
- b) El Poder Legislativo, Poder Judicial y Organismos Constitucionalmente Autónomos.
- c) Los Gobiernos Regionales y sus programas y proyectos adscritos.
- d) Los Gobiernos Locales y sus programas y proyectos adscritos.
- e) Las universidades públicas.
- f) Juntas de Participación Social.
- g) Las empresas del Estado pertenecientes a los tres niveles de gobierno.
- h) Los fondos constituidos total o parcialmente con recursos públicos, sean de derecho público o privado.

3.2 Para efectos de la presente norma, las Fuerzas Armadas, la Policía Nacional del Perú y los órganos desconcentrados tienen el mismo tratamiento que las Entidades señaladas en el numeral anterior.

3.3 La presente norma se aplica a las contrataciones que deben realizar las Entidades y órganos señalados en los numerales precedentes, así como a otras organizaciones que, para proveerse de bienes, servicios u obras, asumen el pago con fondos públicos.

Es así, que de conformidad a la (Opinión N° 036-2017/DTN, 2017), ha determinado el ámbito de aplicación de la Ley de Contrataciones, donde indica:

La Ley establece el ámbito de aplicación de la normativa de contrataciones del Estado, teniendo en consideración dos criterios: uno subjetivo, referido a los sujetos que deben adecuar sus actuaciones a las disposiciones de dicha normativa, y otro objetivo, referido a las actuaciones que se encuentran bajo su ámbito; siendo que, para verificar el ámbito de aplicación de la Ley, ambos elementos deben presentarse en forma concurrente (p. 02).

Y, finalmente hay que indicar la misma normativa de Contrataciones del Estado, el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), ha determinado que los que se encargan en las Contrataciones del Estado son:

Artículo 8. Funcionarios, dependencias y órganos encargados de las contrataciones

8.1 Se encuentran encargados de los procesos de contratación de la Entidad:

a) El Titular de la Entidad, que es la más alta autoridad ejecutiva, de conformidad con sus normas de organización, que ejerce las funciones previstas en la Ley y su reglamento para la aprobación, autorización y supervisión de los procesos de contratación de bienes, servicios y obras.

b) El Área Usuaria, que es la dependencia cuyas necesidades pretenden ser atendidas con determinada contratación o, que dada su especialidad y funciones, canaliza los requerimientos formulados por otras dependencias, que colabora y participa en la planificación de las contrataciones, y realiza la verificación técnica de las contrataciones efectuadas a su requerimiento, para su conformidad.

c) El Órgano Encargado de las Contrataciones, que es el órgano o unidad orgánica que realiza las actividades relativas a la gestión del abastecimiento de la Entidad, incluida la gestión administrativa de los contratos.

2.1.1.2 El Contratista

En el presente trabajo, hemos denominado al contratista como concepto general, siendo parte de éste el Consultor, el Consorcio y el mismo contratista.

En la actual normativa de Contrataciones del Estado, no se menciona los conceptos de los que se consideran parte privada en los contratos, pero sí lo hacía el anterior Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en su Anexo Único, Anexo de Definiciones del (D.S. N° 184-2008-EF), el cual regulaba:

8. Consorcio: El contrato asociativo por el cual dos (2) o más personas se asocian, con el criterio de complementariedad de recursos, capacidades y aptitudes, para participar en un proceso de selección y, eventualmente, contratar con el Estado.

10- Consultor: La persona natural o jurídica que presta servicios profesionales altamente calificados en la elaboración de estudios y proyectos; en la inspección de fábrica, peritajes de equipos, bienes y maquinarias; en investigaciones, auditorias, asesorías, estudios de pre factibilidad y de factibilidad técnica, económica y financiera, estudios básicos, preliminares y definitivos, asesoramiento en la ejecución de proyectos y en la elaboración de términos de referencia, especificaciones técnicas y bases de distintos procesos de selección, entre otros.

11- Consultor de Obra: La persona natural o jurídica con no menos de un (01) año de experiencia especializada, que presta servicios profesionales altamente calificados consistentes en la elaboración del expediente técnico de obras. También se considera

consultor de obra a la persona natural o jurídica con no menos de dos (2) años de experiencia especializada que presta servicios altamente calificados consistentes en la supervisión de obras.

16. Contratista: El proveedor que celebre un contrato con una Entidad, de conformidad con las disposiciones de la Ley y del presente Reglamento.

2.1.2 Derechos y Obligaciones de las partes

Ambas partes tienen sus propios Derechos y Obligaciones, las cuales podríamos resumir de la siguiente manera:

2.1.2.1 Derechos y Obligaciones de la Entidad

Al respecto procederemos a resumir ambas figuras, debido a que en el presente trabajo, nos basamos más a las acciones del contratista, por lo que tendríamos:

- a) Efectuar el pago correspondiente al Contratista siempre que se hayan cumplido con lo establecido por la Ley, las bases y el contrato.
- b) Entregar todos los documentos, requerimientos, entrega de terreno, y demás obligaciones al contratista.
- c) Observar la presentación de documentos, servicios, bienes, informes, etc.
- d) Aplicar penalidades y ejecutar las garantías, por incumplimientos contractuales por partes del contratista
- e) Resolver el contrato por máximo monto de penalidad u otro incumplimiento contractual por parte del contratista.

Acudir al arbitraje para demandar el resarcimiento de los daños ocasionados por responsabilidad del contratista, y/o cualquier otra pretensión como demandar la nulidad de la resolución contractual realizada por el contratista, etc.

2.1.2.2 Derechos y Obligaciones del Contratista

i) Derechos

Dentro de los Derechos que posee el Contratista, la normativa prevé los siguientes:

a) Derecho al Pago.- La normativa de Contrataciones del Estado, prevé los requisitos que se tienen que cumplir para que se proceda a cumplir con el pago por el servicio brindado, por los bienes comprados, por el expediente técnico, por la ejecución de obra, etc.

Es así que según corresponda, por ejemplo luego de que la Entidad emita la conformidad de la prestación del servicio, se procederá a realizar el pago a favor del contratista, también del mismo modo en bienes, cuando se emite la conformidad de la recepción de los bienes, o según los demás tipos de contratos después de la aprobación de la liquidación final y obviamente siguiendo los requisitos que establece la Ley, las bases y el contrato para cada uno de los tipos de contratos para proceder con el pago.

Del mismo modo, podríamos incluir el Reajuste de Precios, para que la Entidad realice las fórmulas de reajuste; y finalmente el Derecho al pago de los intereses desde que se efectuó el derecho del pago y se ha demorado el mismo.

b) Derecho a los Adicionales y Ampliación de Plazo.- Es una Facultad de la Entidad para que a solicitud del contratista se realice un pago adicional para otorgar liquidez económica al mismo, y así pueda cumplir con las obligaciones asumidas en el contrato y dentro del plazo, por lo que si se necesitaría mayor tiempo para la ejecución del contrato, se solicitará una ampliación de plazo.

c) Derecho de Modificación de contratos.- En el contrato puede darse la figura que el contratista ofrezca mejores bienes en calidad y que no ocasione mayor gasto a la Entidad, por lo que se podría modificar la oferta y el contrato, pero siempre con la autorización expresa de la Entidad, sino conllevaría a un incumplimiento y a una resolución contractual del mismo.

d) Derecho de Cesión.- Al respecto queremos señalar que únicamente se puede ceder el Derecho crediticio de poder cobrar por el trabajo realizado, más no se puede ceder la posición contractual.

e) Resolución Contractual.- En la Ley, se determinan todas las causales para resolver el contrato a favor del contratista, como una de ellas sería el cumplimiento de sus obligaciones, como sería el pago por el trabajo realizado.

f) Constancia de la Prestación.- la normativa indica que ha pedido de parte o de oficio, la Entidad tiene que emitir una constancia de prestación, siendo ésta un tema muy distinto a la conformidad de prestación.

g) Derecho a resolver los conflictos.- Es el derecho de acudir a conciliación o a arbitraje para que su derecho se haga valer.

ii) Obligaciones del Contratista

La Ley prevé varias obligaciones para el contratista, es por ello que se puede desarrollar en dos grupos:

Por obligación contractual

- a) Cumplir con las obligaciones asumidas de conformidad a las bases y contrato, como son cumplir con el servicio o entregar el bien dentro de los plazos establecidos.
- b) Entregar toda la documentación que se establece en las bases y los que la Entidad requiera.
- c) Según la naturaleza del contrato, el de capacitar al personal de la Entidad, realizar el mantenimiento, reparaciones, etc. sobre el bien presentado a la Entidad.
- d) Entregar la garantía del bien del contratista y/o del fabricante.
- e) Entregar los comprobantes de pago correspondiente, como las facturas y guías de remisión.
- f) Levantar las observaciones que la Entidad le requiera, etc.

Por responsabilidad funcional

a) Cumplir con la totalidad de sus obligaciones.- se refiere que todas las obligaciones establecidas en las bases y en el contrato, tiene la obligación de cumplirlas, ahora, la norma menciona que además de lo establecido en las bases y contrato, existen obligaciones funcionales por el tiempo, donde se puede mencionar:

- i) Referente a los contratos de ejecución de obras, donde el ejecutor es responsable de la obra por un periodo no menor a siete (07) años desde la conformidad de la recepción total o parcial de la obra.
- ii) Referente al caso de bienes y servicios, dicha obligación y responsabilidad será de un (01) año desde la conformidad de otorgada por la Entidad, para velar la calidad ofrecida y de los vicios ocultos.

iii) Referente a los contratos de consultoría, donde el consultor tiene que elaborar el expediente técnico, la responsabilidad será en un plazo no menor de tres (03) años, para velar por los errores, deficiencias o por los vicios ocultos que existan en el expediente técnico.

iv) Referente a los contratos de consultoría de supervisión de obra, la responsabilidad será en un plazo no menor de siete (07) años desde la conformidad de obra.

2.1.3 Características de los Contratos Administrativos

Dentro de las características de los Contratos administrativos tenemos:

a) **Es un contrato formal**, por lo que todos los contratos del Estado tienen que ser por escrito, y según el caso, mediante las órdenes de compra o de servicio, debido a que no existen contratos verbales per se, sino tienen que existir documentación física previa que sustente las obligaciones y la conformidad de aceptación del mismo.

b) **Es un contrato potestativo**, debido a que es de exclusiva celebración de la Entidad con algún privado, por lo que se exterioriza sus facultades siempre que se respete los principios de legalidad que regulen dichos contratos conforme a la normativa.

c) **Poder en la Negociación**, quiere decir que a pesar que un contrato es un acuerdo de dar y ceder, en este tipo de contratos, el poder lo tiene la entidad, en donde únicamente el privado puede modificar un contrato tipo cuando se hable de los montos a pagar y las características del servicio, bien u obra, por lo que todo lo demás se encuentra pre establecido según las Directivas del OSCE en las Bases Estandarizadas.

Para muchos, este tipo de contrato es un tipo de cláusulas generales de contratación, donde únicamente varían muy escasos elementos diferentes, por lo que lo demás es impositivo por la Ley y la Entidad.

d) **Efectos frente a terceros**, quiere decir que una persona que no es parte del contrato puede ser afectada, como serían las expropiaciones para que se ejecute un contrato de obra.

e) Jurisdicción especial, quiere decir que todos los contratos del Estado, salvo los menores a 8 UITs, cualquier conflicto será resuelto por medios alternativos de resolución de conflictos, como la conciliación y el arbitraje.

Es menester señalar lo indicado en la (Opinión N° 073-2015/DTN, 2015), en donde se menciona sobre la característica del contrato:

En esta medida, debe notarse que una de las características que define a un contrato, bajo el ámbito de la normativa de contrataciones del Estado, es que el mismo tenga por objeto que la Entidad se abastezca de bienes, servicios u obras para el cumplimiento de sus funciones y que, asimismo, deba realizar una erogación de fondos públicos en beneficio del contratista, como retribución por sus prestaciones (p. 03)

2.1.4 Tipos de Contratos según la Ley de Contrataciones del Estado

Los tipos de contratos se encuentran regulados en nuestra Ley de Contrataciones del Estado, los cuales se procederán a desarrollar de forma resumida:

a) Contrato de Servicios, de Consultoría y Bienes

Al respecto, se puede indicar lo mencionado por (García de Enterría & Fernández), lo siguiente:

La realización de servicios diversos de carácter técnico, económico, industrial, comercial o cualquier otro de naturaleza análoga... servicios complementarios para el funcionamiento de la Administración, servicios de mantenimiento, conservación, limpieza y reparación de bienes, equipos e instalaciones y programas de ordenador (p. 721).

Del mismo modo, en el derogado (Decreto Supremo N° 184-2008-EF) Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado del Decreto Legislativo N° 1071, definía al servicio en su Anexo de Definiciones como: “48. Servicio en general: La actividad o labor que realiza una persona natural o jurídica para atender una necesidad de la entidad, pudiendo estar sujeta a resultados para considerar terminadas sus prestaciones”.

Un concepto interesante, lo otorga el Dr. (Podetti, 2002), donde señala:

Debe indicarse que la doctrina distingue los “contratos de servicios”, mencionándose que en estos el compromiso es cumplir determinado esfuerzo, trabajo o servicio, que si bien tiene en vista la obtención de un resultado, es remunerable por el solo hecho de prestarlo (pp. 45-46).

En el mismo correlativo, la (Opinión N° 147-2015/DTN, 2015), menciona lo siguiente:

De las definiciones citadas se aprecia que, los “servicios” son definidos de forma amplia, considerándose como tales a todas las actividades que realice un tercero para atender una necesidad de la Entidad, incluyendo una amplia gama de prestaciones; excluyéndose únicamente a todas aquellas que, en los términos referidos en el Reglamento, puedan catalogarse como obras (p. 2).

Ahora, cuando nos referimos al Contrato de Consultoría, es aquel que se dedica a prestar un servicio, pero uno más especializado, es así que (García de Enterría & Fernández), lo definen como:

Estudiar y elaborar informes, estudios, planes, anteproyectos, proyectos de carácter técnicos, organizativo, económico o social, así como de dirección, supervisión y control de la ejecución y mantenimiento de obras, instalaciones y de la implantación de sistemas organizativos o bien la toma de datos, investigación, asesoramiento y estudios o asistencia para cualquier trabajo técnico u otras actividades semejantes en las que predominen las prestaciones de carácter intelectual (pp. 721-722).

En la Ley de Contrataciones del Estado, se ha regulado dos tipos de contratos de consultoría, siendo las siguientes:

- a) Consultoría General.- Es el contrato con un profesional con conocimientos calificados para que proceda a elaborar estudios o proyectos, como asesoría legal, contable, auditorías, peritajes, estudios para la ejecución de proyectos distinto a las obras, etc.
- b) Consultoría de Obra.- Es el contrato con un especialista calificado en el desarrollo de contratos vinculados con elaboración de expedientes técnicos y/o supervisión de obras.

El contrato de adquisición de Bienes muebles o inmuebles, se refiere cuando la Entidad tiene la necesidad de cubrir sus necesidades de adquisición de bienes muebles tangibles o intangibles, y de bienes inmuebles como compra venta de los mismos o de su alquiler.

En ese sentido, debemos considerar qué se entiende por bienes por lo que la anterior Normativa, mediante la derogada (D.S. N° 184-2008-EF) en sus Anexos de definiciones, indicaba: “3. Bienes: Son objetos que requiere una Entidad para el desarrollo de sus actividades y cumplimiento de sus fines”

b) Contrato de Obra

Es cuando el Estado, contrata con un contratista, para que ejecute una obra, como una construcción de puentes, carreteras, etc. con el fin público que acarrea el mismo.

Se puede considerar el aporte de (García de Enterría & Fernández), indican:

Este es el contrato de mayor significación económica y social que realiza el Estado por cuanto mediante él se puede realizarla construcción, reforma, reparación, conservación o demolición de un bien inmueble o la realización de trabajos que modifiquen la forma o sustancia del suelo o subsuelo por cuenta de la Administración (p. 714).

En ese sentido, debemos considerar qué se entiende por obra por lo que la anterior Normativa, mediante la derogada (D.S. N° 184-2008-EF) en sus Anexos de definiciones, indicaba:

33. Obra.- Construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación y habilitación de bienes inmuebles, tales como edificaciones, estructuras, excavaciones, perforaciones, carreteras, puentes entre otros, que requieren dirección técnica, expediente técnico, mano de obra, materiales y/o equipos

Para (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016), el contrato de obra es:

Por el contrato de obra pública, la entidad encarga al contratista realizar, con su propia actividad, organización y medios, una o más prestaciones de ingeniería civil sujeta ser medida por el resultado querido sobre inmuebles con sujeción a un proyecto o expediente previamente aprobado, por lo cual se obliga a pagar una retribución económica, Lo común es que el objeto del contrato sea la obra determinada concluida, ya que se busca n resultado específico y no una actividad o prestación, como en la locación de servicios.

Las prestaciones que pueden involucrarse en el contrato de obra son: las actividades de construcción, reconstrucción, remodelación, mejoramiento, demolición, renovación, ampliación o habilitación de bienes inmuebles (p. 144).

Es así, que este tipo de contrato se realizará mediante Licitación Pública o Adjudicación Simplificada, según corresponda la cuantía, por lo que finalmente, podríamos definir al contrato de obra, aquel que el Estado contrata con un contratista para

la realización de una obra pública, como la construcción, demolición, conservación, etc. de cualquier obra pública convocada por el Estado.

c) Contrato de Suministro

En este tipo de contrato, el contratista se obliga a entregar a la Entidad a cambio de un pago unitario o periódico, bienes que tienen que ser entregados sucesivamente, en la cantidad y características que se hayan plasmado en las bases y/o contrato.

Una diferencia sustancial con la división de los contratos de duración, lo desarrolla (Messineo, 1952), donde aporta lo siguiente:

Ejecución continuada cuando la prestación (por regla general, de hacer, pero también de no hacer) es única pero sin interrupción (locación, arrendamiento, suministro de energías, comodato o similares)”, y es de “ejecución periódica” cuando “existen varias prestaciones (por regla general, de hacer), que se presentan en fechas establecidas de antemano (por ejemplo, renta y contrato vitalicio; venta en uno de sus particulares aspectos: arg. Art. 1518, párrafo), o bien intermitentes, a pedido de una de las partes (ejemplo, cuenta corriente, apertura de crédito en cuenta corriente, seguro de abono) (p. 431).

Según (Morón Urbina, La Contratación Estatal, 2016), el contrato de suministro es:

Es el contrato por el cual el proveedor se obliga a entregar a la Administración bienes materiales o servicios en forma de tracto sucesivo (continuado o intermitente) durante un periodo pactado a cambio de una retribución. Se trata de un contrato único pero con prestaciones independientes, teniendo complejidad por la pluralidad de prestaciones involucradas y su duración prolongada. Es aplicable para la prestación de servicios públicos, papel, combustible, armas, materiales de construcción, medicamentos, etc. (pp. 142-143)

En ese sentido, debemos considerar qué se entiende por suministro, por que la anterior Normativa, mediante la derogada (D.S. N° 184-2008-EF) en sus Anexos de definiciones, indicaba: “49. Suministro: La entrega periódica de bienes requeridos por una Entidad para el desarrollo de sus actividades”.

2.1.5 Las Cláusulas obligatorias contractuales según la Ley de Contrataciones del Estado

Todo contrato con el Estado se tiene que celebrarse por escrito y tiene que ir acorde a la propuesta y a las Bases Integradas de ser el caso, las cuales son en su mayoría un modelo señalado en las Directivas del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado - OSCE cada año, donde publican las Bases Estandarizadas de cada proceso de selección.

En ese sentido, como se ha explicado anteriormente, es en esta etapa desde el proceso de selección hasta durante la ejecución contractual, en donde sale a la luz, a lo que se denomina cláusulas exorbitantes, en donde se le otorga a la Entidad un poder – podríamos decir – abusivo frente al contratista.

Es por ello que recogemos lo señalado por (Tafur Sánchez & Rodolfo Miranda Miranda, 2008), que comentan sobre las cláusulas exorbitantes en los contratos del estado:

Un claro ejemplo de ello podría ser la facultad que se le reconoce al Estado para reducir a su libre albedrío las prestaciones de su contraparte; o la posibilidad de dejar sin efecto una buena pro aduciendo razones de priorización en su presupuesto, sin responsabilidad alguna frente a quien iría a convertirse en su contraparte contractual, entre muchas otras situaciones especiales.

En ese sentido, la doctrina ha sostenido que las cláusulas exorbitantes pueden ser explícitas o implícitas. Serán explícitas cuando se hayan previsto de manera puntual en el contrato o en la ley, y serán implícitas cuando no se señalan de manera específica, pero se sobreentiende que están presentes, siempre que el Estado, como parte del contrato, tiene una finalidad que trasciende al mero interés del particular, cumple una función social, persigue la satisfacción de un interés colectivo y ello le faculta, entre otras cosas a:

- c. Rescindir el contrato por sí y ante sí,
- d. Dar instrucciones permanentes a su co-contratante acerca de cómo debe cumplir el contrato y
- e. Gozar de poderes de control fuera de lo común (p. 142).

Entonces, la Ley de Contrataciones impone cláusulas obligatorias en todo contrato del Estado, las cuales son:

- a) Cláusula con Garantías
- b) Cláusula de Anticorrupción
- c) Cláusula de Solución de Controversias

d) **Cláusula de Resolución de contrato por incumplimiento**

Cabe mencionar que el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) en el artículo 138°, ha regulado las cláusulas obligatorias del contenido del contrato, señalando:

138.1. El contrato está conformado por el documento que lo contiene, los documentos del procedimiento de selección que establezcan reglas definitivas, la oferta ganadora, así como los documentos derivados del procedimiento de selección que establezcan obligaciones para las partes.

138.2. El contrato incluye, bajo responsabilidad, cláusulas referidas a: i) Garantías, ii) Anticorrupción, iii) Solución de controversias y iv) Resolución por incumplimiento.

138.3. Tratándose de los contratos de obra se incluyen, además, las cláusulas que identifiquen los riesgos que pueden ocurrir durante la ejecución de la obra y la determinación de la parte del contrato que los asume durante la ejecución contractual.

En ese correlativo, se tiene que desarrollar las cuatro cláusulas obligatorias:

a) Cláusula de Garantías

La Ley y el Reglamento de Contrataciones del Estado, regulan las garantías de Carta Fianza y/o Póliza de Caucción, en ese sentido, tenemos los siguientes tipos:

i) Garantía de Fiel Cumplimiento

Es indispensable para que se perfeccione el contrato, el mismo que tiene que ser el diez por ciento (10%) del monto del contrato original, más no del valor referencial o valor estimado, el cual tiene que mantenerse renovado todas las veces que sean necesarias hasta:

- a) En caso de Servicios, consultorías en general y bienes, hasta que se realice la recepción de la presentación
- b) En caso de Consultoría de obras y/o Ejecución de obras, hasta el consentimiento de la liquidación final

Del mismo ocurre en contratos periódicos de suministros de servicios o bienes, consultoría y ejecución de obras, en donde el contrato se ha celebrado con micro y pequeñas empresas, se puede otorgar garantía hasta por el 10% del contrato que será retenido por la Entidad, y en especial para ejecución de obras, el artículo 149.4° del Reglamento regula condiciones para dicho beneficio.

Después de realizar la liquidación fina y no habría saldo en contra del contratista, se le tiene que devolver la garantía de fiel cumplimiento.

ii) Garantía de Fiel Cumplimiento por prestaciones accesorias

Para todo tipo de contrato, excepto para los de Ejecución de Obra, que exista una prestación accesorio durante la ejecución del contrato, como mantenimiento, reparación, etc. el contratista tiene que garantizar una garantía adicional por la prestación accesorio, ascendente al 10% del monto del contrato de la prestación accesorio.

Cabe indicar que existen excepciones a las garantías de Fiel Cumplimiento conforme la Ley, donde no es requisito presentar dicha garantía, los cuales se puede resumir en:

- a) Para Contratos de servicios, bienes y por relación de ítems, cuando el monto sea igual o menor a S/.100 000,00 (Cien mil soles).
- b) Cuando el Estado adquiera bienes inmuebles.
- c) Cuando el Estado contrate arrendamiento de bienes muebles e inmuebles
- d) Las contrataciones complementarias celebradas bajo los alcances del artículo 174, cuyos montos se encuentren dentro del supuesto contemplado en el literal a).

iii) Garantía por Adelanto Directo

En los contratos, donde se faculte la entrega de adelanto directo y por materiales, únicamente procederá dicho pago siempre que se entregue una garantía por idéntico monto, y se tiene que mantener vigente, y durante la ejecución puede ser amortizada; en cambio si es por adelanto de materiales, tiene que mantenerse vigente hasta que se utilice los materiales y que la Entidad acepte dicho cumplimiento.

iv) Garantía por parte de la Entidad

La Entidad tiene que entregar una garantía al contratista, en los contratos que únicamente sean materia de arrendamiento de bienes muebles e inmuebles, es menester señalar que dicha garantía no cubre los posibles daños que conlleven a una indemnización por daños y perjuicios.

b) Cláusula de Anticorrupción

Dicha cláusula se encuentra regulado en el artículo 138.4° del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), donde se indica:

a) La declaración y garantía del contratista de no haber, directa o indirectamente, o tratándose de una persona jurídica a través de sus socios, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores o personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7, ofrecido, negociado o efectuado, cualquier pago o, en general, cualquier beneficio o incentivo ilegal en relación al contrato.

b) La obligación del contratista de conducirse en todo momento, durante la ejecución del contrato, con honestidad, probidad, veracidad e integridad y de no cometer actos ilegales o de corrupción, directa o indirectamente o a través de sus socios, accionistas, participacionistas, integrantes de los órganos de administración, apoderados, representantes legales, funcionarios, asesores y personas vinculadas a las que se refiere el artículo 7.

c) El compromiso del contratista de: i) comunicar a las autoridades competentes, de manera directa y oportuna, cualquier acto o conducta ilícita o corrupta de la que tuviera conocimiento; y ii) adoptar medidas técnicas, organizativas y/o de personal apropiadas para evitar los referidos actos o prácticas.

En ese sentido el incumplimiento de los literales anteriores durante la ejecución del contrato, faculta a la Entidad el Derecho de resolver de pleno derecho el contrato, y otorgándole el derecho de tomar las acciones civiles, penales y administrativas.

c) Cláusula de Solución de Controversias

Referente a la Solución de controversias, la Ley regula la posibilidad de acudir a la conciliación y de frustrarse ésta o simplemente no acudir a la misma, se tiene derecho de acudir al arbitraje para la solución de la controversia, que más adelante se desarrollará a mayor profundidad.

d) Cláusula de Resolución de contrato por incumplimiento

Referente a ésta cláusula explicaremos más a fondo más adelante de las causales obligatorias de resolución contractual que pueden sustentar la Entidad o el Contratista.

2.1.6 Perfeccionamiento de los Contratos según la Ley de Contrataciones del Estado

Sin perjuicio de lo indicado en el Código Civil, en el Anexo N° 1, sección de Definiciones del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), se indica el siguiente concepto: “Contrato: Es el acuerdo para crear, regular, modificar o

extinguir una relación jurídica dentro de los alcances de la Ley y del presente Reglamento”.

Ahora en menester señalar que en Contrataciones del Estado, desde que uno es postor, se encuentra como obligado y supeditado a que si gana, tiene que firmar el contrato, esto quiere decir, que el postor ganador de la buena pro, al transcurrir el plazo de consentimiento del mismo según el tipo de procedimiento, tiene que apersonarse a firmar contrato después de cumplir con todos los requisitos establecidos en la Ley.

Según (Decreto Supremo N° 376-2019-EF, 2019), que modificó el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), regula los requisitos para perfeccionar el Contrato, como se puede observar:

Artículo 139. Requisitos para perfeccionar el Contrato

139.1. Para perfeccionar el contrato, el postor ganador de la buena pro presenta además de lo previsto en los documentos del procedimiento de selección, lo siguiente:

- a) Garantías, salvo casos de excepción
- b) Contrato de consorcio, de ser el caso.
- c) Código de cuenta interbancaria (CCI) o, en el caso de proveedores no domiciliados, el número de su cuenta bancaria y la entidad bancaria en el exterior.
- d) Documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato, cuando corresponda.
- e) Los documentos que acrediten el requisito de calificación referidos a la capacidad técnica y profesional en el caso de obras y consultoría de obras...

139.3. Los documentos a los que se refiere el literal e) del numeral 139.1 son subsanables cuando el ganador de la buena pro presenta como personal clave a profesionales que se encuentran prestando servicios como residente o supervisor en obras contratadas por la Entidad que no cuentan con recepción.

Además, el artículo 136.2°, del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), señala que la Entidad tiene la obligación de contratar, salvo algunas excepciones:

136.2. La Entidad no puede negarse a contratar, salvo por razones de recorte presupuestal correspondiente al objeto materia del procedimiento de selección, por norma expresa o por desaparición de la necesidad, debidamente acreditada. La negativa a hacerlo basada en otros motivos, genera responsabilidad funcional en el Titular de la Entidad y el servidor

al que se le hubieran delegado las facultades para perfeccionar el contrato, según corresponda. Esta situación implica la imposibilidad de convocar el mismo objeto contractual durante el ejercicio presupuestal, salvo que la causal sea la falta de presupuesto.

Con todo lo indicado, en nuestra norma, los contratos se perfeccionan con la suscripción del documento que lo contiene, salvo que:

- El monto del valor estimado no supere los cien mil soles (S/.100,000), se perfeccionará el contrato con la recepción de la orden de compra o servicio, en contratos derivados de Subasta Inversa Electrónica y Adjudicación Simplificada para bienes y servicios en general.
- En procedimientos de selección por relación de ítems, se perfecciona bajo cualquiera de las anteriores alternativas respetando el monto que no supere los cien mil Soles (S/ 100 000,00).
- En los casos de Comparación de Precios y Catálogos Electrónicos, el contrato se perfecciona con la recepción y aceptación de la orden de compra o de servicios, respectivamente.

El día que proceda para el perfeccionamiento del contrato bajo cualquier tipo de procedimiento de selección, la normativa además obliga que se cumpla con los siguientes requisitos:

- a) Se presente las Garantías correspondientes, salvo casos de excepción.
- b) Se presente el Contrato de consorcio, siempre que hayan sido postores como consorcio, ya que inicialmente solo se presenta la promesa formal de consorcio.
- c) Indicar el Código de cuenta interbancaria (CCI).
- d) Se presente el documento que acredite que cuenta con facultades para perfeccionar el contrato.
- e) Se presente documentos que acrediten el requisito de calificación de la capacidad técnica y profesional en el caso de obras y consultoría de obras.

Hay que tomar en cuenta que todas las comunicaciones se realizan mediante el SEACE, es así que el plazo para perfeccionar el contrato, se hará de la siguiente forma:

- a) Dentro de los ocho (08) días hábiles siguientes al consentimiento de la buena pro o haya quedado firme, siempre que se haya registrado en el SEACE para comenzar el cómputo, para que el postor ganador proceda a entregar todos los requisitos señalados en el párrafo anterior.
- b) De presentado todos los requisitos, la Entidad en un plazo no mayor a (02) dos días procede a suscribir el contrato u orden correspondiente, además la Entidad puede otorgar un plazo de cuatro (04) días calendario para subsanar los requisitos.

Cuando la Entidad no cumpla con perfeccionar el contrato dentro de los plazos establecidos en la norma, el postor ganador tiene que requerirla para que lo realice dentro de los cinco (05) días hábiles, ya que en muchos de los casos, los postores ganadores esperan que se les notifique vía física o vía llamada para que se apersonen a firmar el contrato, pero es ahí, donde la Entidad aprovecha dicha situación y declara que el postor ganador pierde automáticamente la buena pro por causa imputable a él, además que cursará al Tribunal de Contrataciones del Estado para que inicien el procedimiento sancionador en contra del postor ganador que no perfeccionó el contrato.

Ante tal situación el Órgano Encargado de las Contrataciones (OEC) en un plazo de tres (03) días hábiles, requiere al segundo en la lista de resultados en el proceso de selección, y se le pide que proceda con cumplir con los requisitos y perfeccione el contrato y de no perfeccionar se declarará desierto el procedimiento.

Con el perfeccionamiento del Contrato, se está culminando la etapa de proceso de selección, además cabe indicar que el contrato por más perfeccionado que se encuentre, será declarado nulo, si se ha incurrido en prácticas corruptas, fraudulentas, colusorias o ilícitas.

2.1.7 Cómputo de Plazos en la ejecución contractual

En la normativa de Contrataciones del Estado, el cómputo de la ejecución contractual será por días calendario, salvo que se indique lo contrario, como es el Derecho de solicitar una ampliación de plazo y la respuesta a la misma, siendo ambas por días hábiles, del mismo modo en ejecución de garantías, o en el caso de la Resolución del contrato, será computados por días hábiles, etc.

El artículo 121° del Reglamento de Contrataciones del Estado con su modificatoria, menciona que se puede aplicar supletoriamente lo dispuesto en los artículos 183° y 184° del (Código Civil, 1984), donde se regula:

Artículo 183°.- El plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano, conforme a las siguientes reglas:

- 1.- El plazo señalado por días se computa por días naturales, salvo que la ley o el acto jurídico establezcan que se haga por días hábiles.
- 2.- El plazo señalado por meses se cumple en el mes del vencimiento y en el día de éste correspondiente a la fecha del mes inicial. Si en el mes de vencimiento falta tal día, el plazo se cumple el último día de dicho mes.
- 3.- El plazo señalado por años se rige por las reglas que establece el inciso 2.
- 4.- El plazo excluye el día inicial e incluye el día del vencimiento.
- 5.- El plazo cuyo último día sea inhábil, vence el primer día hábil siguiente.

Artículo 184°.- Las reglas del Artículo 183° son aplicables a todos los plazos legales o convencionales, salvo disposición o acuerdo diferente

Con ese antecedente, según norma, el plazo de inicio de la ejecución del contrato, serán en una de las siguientes:

- i. Desde el día siguiente de perfeccionado el contrato
- ii. Desde la fecha establecida en el contrato
- iii. Desde que se cumpla con todas las condiciones establecidas en el contrato

El tiempo de duración de los contratos, ya corresponderá de conformidad al tipo de procedimiento de selección que establezca en la norma y en los contratos de los mismos.

Un argumento importante para la presente investigación, es la reciente modificación al Reglamento de la Ley, mediante (Decreto Supremo N° 376-2019-EF, 2019) que regula la suspensión del Contrato al indicar:

Artículo 142. Plazo de ejecución contractual

142.7. Cuando se produzcan eventos no atribuibles a las partes que originen la paralización de la ejecución de las prestaciones, estas pueden acordar por escrito la suspensión del plazo de ejecución contractual, hasta la culminación de dicho evento, sin que ello suponga el reconocimiento de mayores gastos generales y/o costos directos,

según corresponda al objeto de la contratación; salvo aquellos que resulten necesarios para viabilizar la suspensión.

142.8. Reiniciado el plazo de ejecución corresponde a la Entidad comunicar al contratista la modificación de las fechas de ejecución, respetando los términos en los que se acordó la suspensión.

2.1.8 Las Obligaciones Esenciales contractuales en la Contrataciones del Estado

Un tema de importancia del presente trabajo, es el tema de las obligaciones esenciales de un contrato, y si el cumplimiento de éstos conllevaría a una resolución contractual, pero si la Entidad resuelve un contrato bajo este tipo de incumplimiento sin debida motivación, ¿igual el Tribunal de contrataciones del Estado debería aplicar sanción?, eso se tratará de justificar más adelante.

La derogada Ley de Contrataciones del Estado, (Decreto Legislativo N° 1017), regulaba lo mencionado:

Artículo 40°.- Cláusulas obligatorias en los contratos (...)

c) Resolución de contrato por incumplimiento: En caso de incumplimiento por parte del contratista (...) Igual derecho asiste al contratista ante el incumplimiento por la Entidad de sus obligaciones esenciales, siempre que el contratista la haya emplazado mediante carta notarial y ésta no haya subsanado su incumplimiento.

Del mismo modo, su Reglamento derogado, (Decreto Supremo N° 184-2008-EF), mencionaba lo siguiente:

Artículo 168°.- Causales por Incumplimiento

El contratista podrá solicitar la resolución del contrato, de conformidad con el inciso c) del artículo 40° de la Ley, en los casos en que la Entidad incumpla injustísimamente sus obligaciones esenciales, las mismas que se contemplan en las Bases o en el contrato, pese a haber sido requerido conforme al procedimiento establecido.

Como se puede observar, las derogadas normativas, ya consideraban las obligaciones esenciales, pero no indicaban qué se debería entender como tal, es por eso se tiene que validar lo que regula el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), en donde se indica:

Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

Ahora, como se puede dar cuenta de la Ley vigente, no menciona el término esenciales, únicamente menciona las obligaciones, pero caso contrario lo indicaba el derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado (Decreto Legislativo N° 350-2015-EF), el cual regulaba:

Artículo 135.- Causales de resolución

135.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

1. Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello.

135.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 136.

Así mismo, de conformidad al actual (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), que regula:

Artículo 164. Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;

b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o

c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Del mismo modo, sigue la norma sin especificar qué debemos entender por Obligaciones esenciales, es así que la Dirección Técnica Normativa del OSCE, emitió la (Opinión N° 027-2014/DTN, 2014), en donde resuelven la duda de qué se debe entender por obligación esencial, es así:

3. Conclusiones

3.1 Una obligación esencial es aquella cuyo cumplimiento resulta indispensable para alcanzar la finalidad del contrato y, en esa medida, satisfacer el interés de la contraparte; estableciéndose como condición adicional para tal calificación que se haya contemplado en las Bases o en el contrato. (p. 06)

Del mismo modo, en la citada Opinión, se indicó de forma muy importante lo siguiente:

3.4 Una obligación para ser considerada esencial no requiere estar denominada como tal en las Bases o el contrato, pues su calificación no depende de su denominación, sino del hecho de ser indispensable para alcanzar la finalidad del contrato.

3.5 Las obligaciones esenciales no son de exclusividad de las Entidades públicas, sino que corresponden tanto al contratista como a la Entidad, dado que el cumplimiento de ambas resulta indispensable para que el contrato alcance su finalidad y satisfaga los intereses de las partes.

3.6 Un contratista puede resolverle a la Entidad un contrato por incumplimiento injustificado de sus obligaciones esenciales y, adicionalmente, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite la continuación del mismo (p. 06).

Es así, que si el Tribunal de Contrataciones del Estado va a sancionar a un contratista, por la resolución del contrato efectuada por la Entidad, tendría que ser por incumplimiento de obligaciones esenciales de preferencia y además qué estas puedan ser evaluadas si las partes deciden no acudir a un medio de solución de controversias.

2.1.9 La Terminación de los Contratos según la Ley de Contrataciones del Estado

La Ley de Contrataciones del Estado, regula varias formas de conclusión del Contrato, desde una forma mutua hasta unilateral, por lo que procederemos a mencionarlos.

2.1.9.1 Cumplimiento de la Prestación

La Ley de contrataciones del Estado, regula las formas de concluir el contrato de forma correcta y normal, como el de cumplir las obligaciones de ambas partes.

En ese sentido, el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula lo referente al Pago, en su artículo 39°, donde dice:

Artículo 39. Pago

39.1 El pago se realiza después de ejecutada la respectiva prestación, pudiendo contemplarse pagos a cuenta. Excepcionalmente, el pago puede realizarse en su integridad por adelantado cuando, este sea condición de mercado para la entrega de los bienes o la prestación de los servicios, previo otorgamiento de la garantía, cuando corresponda, conforme se establece en el reglamento.

39.2 Los pagos por adelantado y a cuenta no constituyen pagos finales, por lo que el proveedor sigue siendo responsable hasta el cumplimiento total de la prestación objeto del contrato.

Entonces, los pagos correspondientes al contrato, se dará cuando se efectúe la prestación, del mismo modo, el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) en el artículo 171° regula:

Artículo 171.- Del pago

171.1. La Entidad paga las contraprestaciones pactadas a favor del contratista dentro de los quince (15) días calendario siguientes a la conformidad de los bienes, servicios en general y consultorías, siempre que se verifiquen las condiciones establecidas en el contrato para ello.

171.2. En caso de retraso en el pago, el contratista tiene derecho al pago de intereses legales, los que se computan desde la oportunidad en que el pago debió efectuarse.

171.3. Las controversias en relación a los pagos a cuenta o pago final pueden ser sometidas a conciliación y/o arbitraje.

En el caso de ejecución de obras, se aplica lo establecido en el artículo 210° del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) regula:

Artículo 210. Efectos de la liquidación

210.1. Luego de consentida la liquidación y efectuado el pago que corresponda, culmina definitivamente el contrato y se cierra el expediente respectivo.

210.2. Las discrepancias en relación a defectos o vicios ocultos, son sometidas a conciliación y/o arbitraje. En dicho caso el plazo de caducidad se computa a partir de la recepción de la obra por la Entidad hasta treinta (30) días hábiles posteriores al vencimiento del plazo de responsabilidad del contratista previsto en el contrato.

Es así que en este tipo de contratos, después del procedimiento de la aprobación de la liquidación final, tiene que quedar consentida y es ahí cuando se procede con el pago respectivo.

2.1.9.2 Vencimiento del Plazo

Existen contratos que son periódicos o con un plazo establecido, que después de su periodo se termina el vínculo contractual, como son los contratos de locación de servicios, cuando se contrata limpieza, seguridad, seguros, etc. y éstas tienen un plazo determinado, y para que se continúe con el servicio, se tendría que firmar un contrato complementario, mientras se procede a una convocatoria de concursos público o adjudicación simplificada, según corresponda.

2.1.9.3 La Resolución Contractual

Ambas partes tienen el Derecho de resolver el contrato cuando una de ellas incumpla con sus obligaciones contractuales, es por ello que es menester mencionar que el (Código Civil, 1984), señala: “Artículo 1371.- La resolución deja sin efecto un contrato válido por causal sobreviniente a su celebración”.

Es así, el Dr. (Morello, 1975), indica:

La facultad resolutoria tiene como finalidad tutelar la condición de respectiva paridad entre las partes, pero no al momento de la celebración del contrato sino en la fase de su ejecución (...) la resolución con la función que se acaba de exponer no se dirige contra el negocio en sí, sino contra la relación contractual a que aquel ha dado vida (p. 145).

La Ley de Contrataciones del Estado regula la resolución contractual, pero posee ciertos requisitos para que ésta produzca eficacia que se explicará más adelante.

2.1.9.3.1 Causales de Resolución Contractual

La normativa de Contrataciones del Estado, señala las causas cuando se podrá resolver un Contrato, es así que el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula:

Artículo 36. Resolución de los contratos

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

36.2 Cuando se resuelva el contrato por causas imputables a alguna de las partes, se debe resarcir los daños y perjuicios ocasionados.

El Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado de una forma más completa enumera las causales de resolución contractual, es así que el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), señala las causales de resolución, indicando:

Artículo 164.- Causales de resolución

164.1. La Entidad puede resolver el contrato, de conformidad con el artículo 36 de la Ley, en los casos en que el contratista:

- a) Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido para ello;
- b) Haya llegado a acumular el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo; o
- c) Paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.

164.2. El contratista puede solicitar la resolución del contrato en los casos en que la Entidad incumpla injustificadamente con el pago y/u otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida conforme al procedimiento establecido en el artículo 165.

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a

las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Cuando la norma se refiere al artículo 164.1 a), al mencionar que se incumpla las obligaciones, se está refiriendo a que una de las partes ha incumplido en especial a sus obligaciones esenciales del contrato, más no las no esenciales, es por ello que mediante arbitraje se podría revertir dicha decisión.

Al referirnos a las obligaciones esenciales, que ya fueron tratadas en el presente trabajo, nos referimos aquellas que sin ellas no se podrá cumplir con el contrato de forma satisfactoria.

Es por ello que procedemos a hacer un cuadro comparativo de las causales de resolución contractual definida en el artículo 164° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, referente quien o quienes la pueden invocar:

Tabla 2.1

Cuadro comparativo de las causales de resolución contractual

CAUSALES DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL		
LA ENTIDAD	EL CONTRATISTA	CUALQUIERA DE LAS PARTES
Cuando el Contratista Incumpla injustificadamente obligaciones contractuales, legales o reglamentarias a su cargo, pese a haber sido requerido previamente.	Cuando la Entidad incumpla injustificadamente con el pago.	Cuando suceda un caso fortuito o fuerza mayor.
Cuando el Contratista ha acumulado el monto máximo de la penalidad por mora o el monto máximo para otras penalidades, en la ejecución de la prestación a su cargo.	Cuando la Entidad incumpla injustificadamente con otras obligaciones esenciales a su cargo, pese a haber sido requerida previamente	Cuando ocurra un hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato, que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato

Cuando el Contratista paralice o reduzca injustificadamente la ejecución de la prestación, pese a haber sido requerido para corregir tal situación.		
---	--	--

Fuente: Realización propia

Ahora, algo importante, es ver el poder que tiene la Entidad frente al contratista al momento de resolver el contrato, al condicionar o exonerar el requisito de apercibimiento previo, es por ello que el Art. 165° del Reglamento de la Ley de Contrataciones del estado regula el procedimiento de la Resolución contractual y si requiere o no el apercibimiento previo, tal como se observa en el siguiente cuadro:

Tabla 2.2

Cuadro comparativo del procedimiento para la resolución contractual

PROCEDIMIENTO DE RESOLVER EL CONTRATO			
PARTE QUE PUEDE INVOCAR	CAUSALES DE RESOLUCIÓN CONTRACTUAL	APERCIBIMIENTO NOTARIAL	
		REQUIERE	NO REQUIERE
ENTIDAD	Cualquiera de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales.	X	-----
CONTRATISTA		X	-----
ENTIDAD	Acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades.	-----	X
CONTRATISTA		-----	-----
ENTIDAD	Cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida.	-----	X
CONTRATISTA		-----	-----

Fuente: Realización propia

Como se puede observar, la Entidad es la única que posee la potestad de resolver el contrato sin que exista un requerimiento previo mediante carta notarial, siempre que sean en esas dos causales; caso contrario ambas partes tienen que requerir el cumplimiento en un plazo de cinco (05) días como máximo para bienes y servicio, pudiendo establecerse hasta quince (15) días según la envergadura, complejidad o sofisticación; y teniendo un plazo de quince (15) días para obras.

En esa idea, es menester determinar que de las tres (03) causales de resolver el contrato, cual o cuales son las que tendría como consecuencia derivar al Tribunal de Contrataciones del Estado, para que inicie un procedimiento administrativo sancionador.

En ese caso, será cuando la responsabilidad haya sido imputada al contratista, por excelencia nos referimos, cuando el contratista falta al cumplimiento de sus obligaciones contractuales, esto quiere decir cuando el contratista ha incumplido con sus obligaciones esenciales, del mismo modo, permitir que la Entidad proceda a resolver el contrato por acumular la máxima penalidad.

Cuando la norma se refiere al artículo 164.1 b), sobre la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades, nos debemos remitir a lo regulado en el Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, (Decreto Legislativo N° 350-2015-EF), que regula:

Artículo 161. Penalidades

161.1. El contrato establece las penalidades aplicables al contratista ante el incumplimiento injustificado de sus obligaciones contractuales a partir de la información brindada por el área usuaria, las mismas que son objetivas, razonables y congruentes con el objeto de la convocatoria.

161.2. La Entidad prevé en los documentos del procedimiento de selección la aplicación de la penalidad por mora; asimismo, puede prever otras penalidades. Estos dos (2) tipos de penalidades pueden alcanzar cada una un monto máximo equivalente al diez por ciento (10%) del monto del contrato vigente, o de ser el caso, del ítem que debió ejecutarse.

Es así que el Artículo 162° de citado cuerpo normativo, regula qué es la Penalidad por mora en la ejecución de la prestación, donde por motivos de retraso injustificado en cumplir con la ejecución de las obligaciones contractuales dentro de los plazos, dicha penalidad se aplicará por cada día de demora en el cumplimiento de la obligación, en

donde se aplica la siguiente fórmula según (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018):

$$\text{Penalidad diaria} = \frac{0.10 \times \text{monto}}{F \times \text{plazo en días}}$$

Donde F tiene los siguientes valores:

- a) Para plazos menores o iguales a sesenta (60) días, para bienes, servicios en general, consultorías y ejecución de obras: $F = 0.40$.
- b) Para plazos mayores a sesenta (60) días:
 - b.1) Para bienes, servicios en general y consultorías: $F = 0.25$.
 - b.2) Para obras: $F = 0.15$.

Del mismo modo, el otro tipo de Penalidad que establece la norma, es la de otras penalidades, la cual se encuentra regulada en el artículo 163° del citado cuerpo normativo, al especificar que en las bases se pueden establecer otros tipos de penalidades, como puede ser en el caso de consultoría de obras, el cambio de especialista durante la ejecución del contrato, estará sujeto a un porcentaje de penalidad, que acumulado y llegando al 10% del contrato vigente, podría estar en la posibilidad de resolver el contrato.

Este tipo de penalidad tiene que ser objetiva, razonable, congruente y proporcional con el objeto del contrato, y en el mismo se tiene que especificar los supuestos de penalidad, el cálculo del mismo.

Es pertinente señalar, que esas dos penalidades son independientes entre sí, por ende las acumulaciones del 10% como tope, es independiente para resolver el contrato.

Cuando la norma se refiere al artículo 164.1 c), se refiere cuando el contratista y/o consultor, sin motivo justificado paralice la ejecución del contrato o la reduzca, conllevando a un perjuicio a la Entidad e incumpliendo con sus obligaciones, la Entidad tiene que requerir al contratista previamente para que corrija su accionar, sino se procederá a resolver el contrato.

Un punto sumamente reiterativo en los contratos con el Estado, es el regulado en la causal de resolución del artículo 164.2°, ya que se refiere cuando la Entidad no proceda a cumplir con su obligación de realizar el pago correspondiente al contratista cuando éste cumplió con sus obligaciones y tiene la conformidad correspondiente, es por ello que el impago tiene que ser requerido previamente por el contratista, y a falta de ello, el

contratista procederá a resolver el contrato, y ello conllevará a un proceso arbitral para que se proceda al pago del mismo.

El citado artículo, también menciona al incumplimiento de las obligaciones esenciales por parte de la Entidad, como entrega de terreno, documentos, bienes, etc. que son primordial elemento para que el contratista cumpla con sus obligaciones contractuales, es por eso que se le tiene que requerir a la Entidad para que cumpla con el mismo.

Y finalmente, el artículo 164.3° desarrolla el Caso Fortuito y Fuerza Mayor como causal de Resolución contractual, por ello, es menester señalar que cuando se celebra el contrato, las partes se comprometen a cumplir con todas las obligaciones establecidas en las Bases y en el Contrato, pero de existir algunas complicaciones durante la ejecución del contrato que imposibilite de forma definitiva su ejecución, se tendría que evaluar si se procede resolver el contrato o no, y que éste inconveniente no sea responsabilidad ni de la Entidad ni del contratista, sino un tercero, queremos decir, que se puede invocar la Resolución del Contrato por Causa Fortuito y/o Fuerza mayor.

Entonces, para que se ponga fin a un contrato por una imposibilidad de realización siempre y cuando sea causa ajena a las partes, se tiene que invocar la citada figura legal, y tanto es así que el (Código Civil, 1984) regula: “Artículo 1315°.- Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

En ese sentido, en las numerosas Opiniones del OSCE en donde se ha determinado el mismo concepto y consideración sobre la resolución de contratos mediante Caso Fortuito y/o Fuerza Mayor, han determinado los elementos de los mismos, y por ejemplo en la (Opinión N° 118-2017/DTN, 2017), se ha indicado:

Sobre el particular, resulta necesario precisar que un hecho o evento *extraordinario* se configura cuando, tal como lo indica la misma palabra, sucede algo fuera de lo ordinario, es decir, fuera del orden natural o común de las cosas.

Asimismo, un hecho o evento es *imprevisible* cuando supera o excede la aptitud razonable de previsión del deudor en la relación obligatoria, puesto que el deudor tiene el deber de prever lo normalmente previsible, no así lo imprevisible.

Por último, el que un hecho o evento sea *irresistible* significa que el deudor no tiene posibilidad de evitarlo, es decir, no puede impedir, por más que lo desee o intente, su acaecimiento (pp. 2-3).

El (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019) regula en su artículo 36.1° lo pertinente de culminar el contrato por caso fortuito y fuerza mayor, estableciendo lo siguiente:

36.1 Cualquiera de las partes puede resolver el contrato, por caso fortuito o fuerza mayor que imposibilite de manera definitiva la continuación del contrato, por incumplimiento de sus obligaciones conforme lo establecido en el reglamento, o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a alguna de las partes.

Del mismo modo, el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) indica lo siguiente:

164.3. Cualquiera de las partes puede resolver el contrato por caso fortuito, fuerza mayor o por hecho sobreviniente al perfeccionamiento del contrato que no sea imputable a las partes y que imposibilite de manera definitiva la continuación de la ejecución del contrato.

Entonces, cuando exista un hecho extraordinario, imprevisible e irresistible, y se invoque el Caso Fortuito y/o Fuerza Mayor, debido a que existe la imposibilidad definitiva con la ejecución del contrato, ambas partes no tendrán responsabilidad en la resolución de dicho contrato y se pondrá fin a la relación jurídica.

2.1.9.3.2 Procedimiento de Resolución Contractual

Para que la resolución produzca efectos según la Ley de Contrataciones del Estado, se tiene que cumplir con lo señalado en el artículo 136° del Reglamento, el cual indica que en un Contrato de Bienes o Servicios, cuando una de las partes contratantes esté incurso en algún incumplimiento contractual, la otra parte puede requerirla a que cumpla su requerimiento en un plazo no mayor de cinco (05) días, dicho requerimiento es bajo apercibimiento de resolver el contrato.

Debe notarse que la norma comenta en un plazo no mayor de cinco días, por lo que existen a veces abusos por parte de contratistas o de la Entidad, de requerir a la otra parte que cumplan ciertas obligaciones en un plazo de (24) horas, resultando en muchas de las veces imposible por el corto tiempo, facultando a la otra en resolver el contrato

Ahora, cuando el contrato es sobre ejecución de obras, el plazo será mayor, se extiende a (15) quince días para su cumplimiento.

Cabe indicar que la pre resolución contractual no especifica que se realice mediante diligencia notarial, tal como lo señala de forma expresa la norma, cuando se realiza la resolución contractual, ya que en este caso sí o sí, se tiene que realizar mediante Carta Notarial para que produzca efectos.

Algo que sí es de suma importancia, es lo que establece el artículo 165° del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), establece:

165.1. Si alguna de las partes falta al cumplimiento de sus obligaciones, la parte perjudicada requiere mediante carta notarial que las ejecute en un plazo no mayor a cinco (5) días, bajo apercibimiento de resolver el contrato.

165.2. Dependiendo del monto contractual y de la complejidad, envergadura o sofisticación de la contratación, la Entidad puede establecer plazos mayores, pero en ningún caso mayor a quince (15) días. En caso de ejecución de obras se otorga un plazo de quince (15) días.

165.3. Si vencido dicho plazo el incumplimiento continúa, la parte perjudicada puede resolver el contrato en forma total o parcial, comunicando mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato. El contrato queda resuelto de pleno derecho a partir de la recepción de dicha comunicación.

165.4. La Entidad puede resolver el contrato sin requerir previamente el cumplimiento al contratista, cuando se deba a la acumulación del monto máximo de penalidad por mora u otras penalidades o cuando la situación de incumplimiento no pueda ser revertida. En estos casos, basta comunicar al contratista mediante carta notarial la decisión de resolver el contrato

165.5. La resolución parcial solo involucra a aquella parte del contrato afectada por el incumplimiento y siempre que dicha parte sea separable e independiente del resto de las obligaciones contractuales, siempre que la resolución total del contrato pudiera afectar los intereses de la Entidad. En tal sentido, el requerimiento que se efectúe precisa con claridad qué parte del contrato queda resuelta si persistiera el incumplimiento. De no hacerse tal precisión, se entiende que la resolución es total.

165.6. Tratándose de contrataciones realizadas a través de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, toda notificación efectuada en el marco del procedimiento de resolución

del contrato regulado en el presente artículo se realiza a través del módulo de catálogo electrónico.

Es así, que de forma expresa indica que si la resolución contractual ha sido requerida previamente para que en un plazo no mayor de (05) días para bienes o servicios, o de (15) días para ejecución de obras, se cumpla con los requerimientos del incumplimiento de obligaciones contractuales, se procederá a notificar mediante Carta Notarial la Resolución contractual, y ésta queda resuelta de pleno derecho desde su recepción.

Con esto queremos indicar que si se cumple con dicha formalidad, el contrato se resolvió de pleno derecho, y por ende dicho contrato deja de tener vigencia, pero en la práctica, hay muchas Entidades que hacen caso omiso a dicha figura legal, y proceden a resolver el contrato que ya se encontraba legalmente resuelto, convirtiéndose en ilógico jurídico, a la que en la práctica se llaman resoluciones paralelas, y que se tendrán que discutir en arbitrajes ambas resoluciones.

Otra causal de Resolución contractual es la establecida en el artículo 205.7 del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), se da cuando se solicita un Adicional de obra o mayores metrados, y que éste monto supere el 50% del monto del contrato original, es así que en estos supuestos, la Entidad tiene que resolver el contrato y convocar a un nuevo procedimiento para ejecutar el saldo o etapa pendiente del contrato.

2.1.9.3.3 Efectos de la Resolución Contractual

Sobre los efectos de la Resolución Contractual según la Ley de Contrataciones del Estado, es de suma importancia que ésta quede consentida para que se indique finalmente que se extinguió la relación jurídica entre ambas partes.

Es así que (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) en su artículo 166°, regula lo siguiente:

Artículo 166. Efectos de la resolución

166.1. Si la parte perjudicada es la Entidad, esta ejecuta las garantías que el contratista hubiera otorgado sin perjuicio de la indemnización por los mayores daños irrogados.

166.2. Si la parte perjudicada es el contratista, la Entidad reconoce la respectiva indemnización por los daños irrogados, bajo responsabilidad del Titular de la Entidad.

166.3. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Sobre la resolución, la Entidad puede ejecutar la garantía de adelanto directo, más no la de Fiel Cumplimiento, hasta que como se señala en citado artículo, la resolución tiene que quedar consentida, es así, que si la Entidad ejecuta la garantía de fiel cumplimiento sin que quede consentida la resolución, el contratista tiene el Derecho de demandar indemnización por daños y perjuicios mediante arbitraje.

El citado artículo señala que la parte perjudicada tiene derecho de demandar indemnización por daños y perjuicios por la resolución contractual.

El último párrafo, señala un punto interesante, en que únicamente la resolución contractual queda consentida cuando no se acuda a arbitraje dentro de los (30) treinta días de notificada ésta, pero un vacío existe que si acudo a arbitraje, de por sí debo seguir renovando la carta fianza de fiel cumplimiento, pero no se indica hasta cuando quedará consentida, si con el Laudo o con las sentencias correspondientes en el poder judicial con la anulación o ejecución de Laudo Arbitral.

2.1.9.3.4 Formas de Cuestionar la Resolución Contractual

Como se ha indicado en el numeral anterior, el artículo 166.3° del Reglamento, menciona que cualquier controversia sobre la resolución contractual, se someterá dentro del plazo de 30 días hábiles de resuelto el contrato, a conciliación y/o arbitraje.

Del mismo modo, se tiene que aplicar lo señalado en el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), en el Artículo 223° que regula:

Artículo 223. Disposiciones generales

223.1. Las controversias que surjan entre las partes sobre la ejecución, interpretación, resolución, inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato se resuelven mediante

conciliación, junta de resolución de disputas o arbitraje institucional, según corresponda y por acuerdo de las partes.

223.2. Las controversias referidas al incumplimiento del pago final también son resueltas mediante conciliación y/o arbitraje.

Cabe indicar que del mismo modo, el artículo 45° de la Ley, regula la solución de controversias, y menciona en el artículo 45.3° que para contratos de obras, también pueden recurrir a la Junta de Resolución de Disputas, pero en el presente caso se desarrollará más adelante el arbitraje que es una parte del presente trabajo.

2.1.10 La Nulidad del Contrato

La Ley de Contrataciones del Estado, regula dos causales de Nulidad, las que se declaran en el procedimiento de selección y las que se declaran en el Contrato.

Se explicará muy brevemente sobre la nulidad del procedimiento de selección, debido a que el tema de investigación se refiere a los inconvenientes en el contrato, en donde abordaremos con más profundidad.

2.1.10.1 Condiciones para declarar la Nulidad en el Procedimiento de Selección

El (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula en su artículo 44° lo siguiente:

Artículo 44.- Declaratoria de nulidad

44.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado, en los casos que conozca, declara nulos los actos expedidos, cuando hayan sido dictados por órgano incompetente, contravengan las normas legales, contengan un imposible jurídico o prescindan de las normas esenciales del procedimiento o de la forma prescrita por la normativa aplicable, debiendo expresar en la resolución que expida, la etapa a la que se retrotrae el procedimiento de selección o el procedimiento para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

44.2 El Titular de la Entidad declara de oficio la nulidad de los actos del procedimiento de selección, por las mismas causales previstas en el párrafo anterior, solo hasta antes del perfeccionamiento del contrato, sin perjuicio que pueda ser declarada en la

resolución recaída sobre el recurso de apelación. La misma facultad la tiene el Titular de la Central de Compras Públicas - Perú Compras, en los procedimientos de implementación o extensión de la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco.

En ese sentido, podríamos indicar que las causales de nulidad en los procedimientos de selección son:

- a) Cuando un acto haya sido expedido por un órgano incompetente
- b) Que dicho acto contravenga las normas legales
- c) Que dicho acto contenga un imposible jurídico
- d) Que dicho acto prescinda las normas esenciales del procedimiento o forma prescrita de norma.

Al expedirse la nulidad de oficio, se indicará hasta donde se va a retrotraer en la etapa del procedimiento de selección

2.1.10.2 Condiciones para declarar la Nulidad Contractual

El (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula en su artículo 44.3° lo siguiente:

Artículo 44.- Declaratoria de nulidad

44.3 Después de celebrados los contratos, la Entidad puede declarar la nulidad de oficio en los siguientes casos:

- a) Por haberse perfeccionado en contravención con el artículo 11 de la presente Ley. Los contratos que se declaren nulos en base a esta causal no tienen derecho a retribución alguna con cargo al Estado, sin perjuicio de la responsabilidad de los funcionarios y servidores de la Entidad, conjuntamente con los contratistas que celebraron irregularmente el contrato.
- b) Cuando se verifique la trasgresión del principio de presunción de veracidad durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, previo descargo.
- c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.
- d) Cuando no se haya cumplido con las condiciones y/o requisitos establecidos en la normativa a fin de la configuración de alguno de los supuestos que habilitan a la contratación directa. Cuando no se utilice los métodos de contratación previstos en la

presente Ley, pese a que la contratación se encuentra bajo su ámbito de aplicación; o cuando se empleé un método de contratación distinto del que corresponde.

e) Cuando por sentencia consentida, ejecutoriada o reconocimiento del contratista ante la autoridad competente nacional o extranjera se evidencie que durante el procedimiento de selección o para el perfeccionamiento del contrato, éste, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar

f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.

g) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.

En ese sentido, la norma establece las causales para que se declare la nulidad de los contratos celebrados entre la Entidad y el contratista, es así que se puede resumir de la siguiente manera las causales de nulidad:

- a) Cuando el contrato se celebró el contrato, cuando una de las partes, se encontraba incurso en el artículo 11° de la Ley, la cual regula quienes se encuentran impedidos para ser participantes, postores, contratistas y/o sub contratistas.**

Se refiere dentro de todos los enumerados en el Artículo 11° de la Ley y su modificatoria, al Presidente de la República, Ministros, Congresistas, Vocales de la Corte Suprema, Gobernadores, Alcaldes, Regidores, servidores públicos, familiares de segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad, accionistas o participacionistas mayor al 30%, directores, representantes legales, los inhabilitados, los condenados penalmente, etc.

- b) Cuando se verifique y se pruebe la vulneración al principio de la presunción de veracidad, en ambas etapas, o sea, en procedimiento de selección y/o durante la ejecución del contrato.**

Al respecto, queremos señalar que en las Contrataciones del Estado, se aplica el principio de Presunción de la Veracidad, debido a que toda la documentación que presenta el postor, el ganador en el procedimiento de selección, y el contratista durante la ejecución contractual, tiene que proceder a una fiscalización posterior, para cotejar si la documentación en copia o en original, sin realmente verdaderos y no han sido adulterados ni falsificados.

Cuando la autoridad corrobora que la documentación es falsa o adulterada, procederá a darle un plazo no menor a cinco días hábiles al postor o contratista, para que realice su descargo correspondiente.

Si después de dicho descargo, en donde se vela el principio al Debido procedimiento, la Entidad corrobora que sí efectivamente se presentó documentación falsa, el titular de la Entidad va a declarar Nulo el Contrato, y va a cursar al Tribunal del OSCE para que inicie el procedimiento administrativo sancionador en contra del contratista y de ser el caso imponerle la sanción de inhabilitación.

Al respecto, cabe señalar que la Ley de Contrataciones, regula la sanción a éste tipo de infracción, es así que en su artículo 50° regula el tipo y la sanción:

Artículo 50.- Infracciones y sanciones administrativas

50.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona a los proveedores, participantes, postores, contratistas, subcontratistas y profesionales que se desempeñan como residente o supervisor de obra, cuando corresponda, incluso en los casos a que se refiere el literal a) del artículo 5 de la presente Ley, cuando incurran en las siguientes infracciones...

j) Presentar documentos falsos o adulterados a las Entidades, al Tribunal de Contrataciones del Estado, al Registro Nacional de Proveedores (RNP), al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), o a la Central de Compras Públicas - Perú Compras.

50.4 Las sanciones que aplica el Tribunal de Contrataciones del Estado, sin perjuicio de las responsabilidades civiles o penales por la misma infracción, son...

b) Inhabilitación temporal: Consiste en la privación, por un periodo determinado del ejercicio del derecho a participar en procedimientos de selección (...) En el caso de la infracción prevista en el literal j), esta inhabilitación es no menor de treinta y seis (36) meses ni mayor de sesenta (60) meses.

Es así, que ésta es la sanción más grave según la Ley de Contrataciones del Estado, sin contar con la inhabilitación definitiva.

c) Cuando se haya suscrito el contrato no obstante encontrarse en trámite un recurso de apelación.

Al respecto queremos señalar que ésta causal de nulidad, es responsabilidad exclusiva de la Entidad, debido a que en el supuesto que se haya apelado el otorgamiento de la buena pro ante el titular de la Entidad o el Tribunal de contrataciones del Estado, que dichas competencias va a varias por especialidad y/o cuantía; se encuentra en curso, por lo que con la apelación se debería suspender el procedimiento hasta que se resuelva, pero a pesar de ello, se procede a celebrar el contrato y es más según el caso de perfeccionar el mismo con el postor ganador.

Es por eso que el postor que ha perdido espera la resolución de la apelación del otorgamiento de la buena pro, y por ende, si se da dicha perfección durante el procedimiento de apelación, dicho perfeccionamiento del contrato, tendrá que ser declarado nulo, sin perjuicio de las responsabilidades administrativas de los funcionarios responsables.

d) Cuando se haya contrato mediante Contratación directa sin cumplir las condiciones; y/o cuando se realice una contratación sin utilizar los procedimientos previstos en la normativa

Lo que antes se conocía como exoneración, las Contrataciones Directas, únicamente serán contratados en los supuestos que se establecen en la Ley de Contrataciones del Estado en su artículo 27°, en donde señala que excepcionalmente se podrá contratar en los supuestos establecidos en el citado artículo.

Dentro de dichos supuestos, se puede mencionar algunos, como son la Contratación entre Entidades, Situación de Emergencia, de desabastecimiento, Secreto policial y/o militar, proveedor único, servicios personalísimos, publicidad estatal, consultorías distintos a los de obra, adquisición de bienes o servicios para investigación, adquisición de bienes inmuebles, servicios personalísimos de asesoría legal, contable o económica, la necesidad de contratar a un contratista para culminar un contrato que fue declarado nulo, capacitaciones, etc.

Del mismo modo, si se celebró un contrato que fue convocado por un procedimiento de selección que no era el correcto por especialidad o cuantía, tendrá que declararse nulo.

- e) Cuando el contratista haya pagado, ofrecido, intentado pagar u ofrecer en el futuro algún pago, dádiva o comisión en relación con el contrato, siempre que exista sentencia consentida y ejecutoriada o que el contratista lo haya reconocido.**

Esta novedad se refiere y se busca una sanción a los actos de corrupción que hayan podido intermediar antes o durante la ejecución del contrato, frente a cualquier funcionario de la Entidad con el contratista, pero requiere que éste lo reconozca o que exista una sentencia firme y ejecutoriada, si se celebra este contrato a pesar del impedimento, la declaración de nulidad va a otorgar el derecho a la entidad a iniciar las acciones penales y civiles que correspondan contra los responsables.

- f) Cuando se acredite que el contratista, sus accionistas, socios o empresas vinculadas, o cualquiera de sus respectivos directores, funcionarios, empleados, asesores, representantes legales o agentes, ha pagado, recibido, ofrecido, intentado pagar o recibir u ofrecer en el futuro algún pago, beneficio indebido, dádiva o comisión en relación con ese contrato o su procedimiento de selección conforme establece el reglamento. Esta nulidad es sin perjuicio de la responsabilidad penal y civil a que hubiere lugar.**

Se refiere al derivado del literal anterior, sino que otorga mayor alcance de personas y funciones para que se declare nulo dicho contrato.

- g) En caso de contratarse bienes, servicios u obras, sin el previo procedimiento de selección que correspondiera.**

Se refiere a que la Entidad contrate bienes, servicios u obras, que superen las 8 UIT's del año y que no sea una contratación catalogada en las Contrataciones Directas, sin que se produzca de conformidad a la norma, una convocatoria y catalogarla según corresponda en adjudicación simplificada, concurso público o licitación, es por ello que evitarlo será considerada compra irregular, por lo que será declarada nula de oficio y su consecuente investigación bajo responsabilidad de los funcionarios inmersos.

2.1.10.3 Procedimiento de la declaración de Nulidad Contractual

Cuando ya se haya desarrollado los descargos correspondientes por parte del contratista, o la Entidad haya decidido declarar nulo el contrato por las causales señaladas en la Ley, anteriormente indicadas, la Entidad debe cursar mediante Carta Notarial al contratista el documento que declara la Nulidad, y para que éste tenga el plazo de treinta (30) días hábiles para que pueda acudir al Arbitraje para cuestionar la nulidad o tomar las medidas legales correspondientes.

2.1.10.4 Consecuencias de la declaración de Nulidad Contractual

Cuando se declara nulo el contrato, se va a retrotraer el mismo hasta donde se originó el vicio, o de ser el caso, se puede aplicar lo establecido en el artículo 44.4 del (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), que mediante sustento se continúe con la ejecución del contrato, todo esto sin perjuicio de que se tiene que notificar al Tribunal de Contrataciones del Estado para que inicie el procedimiento administrativo sancionador en contra del contratista.

En el caso que se declare nulo y existan prestaciones pendientes, la Entidad, determinará el precio, condiciones y disponibilidad presupuestal para invitar los postores que hayan participado en el procedimiento de selección para que manifiestan si están interesados de cumplir con la prestación pendiente dentro de los cinco días, de ser así, se acepta el interés y se procederá a perfeccionar el contrato con todas las formalidades que la Ley regula.

2.2 Solución de Controversias y los costos en las Contrataciones del Estado

En esta parte, se va a enfocar al Arbitraje, debido que es la solución de controversia más elevada en costos y la que conllevaría siempre a un Laudo para su ejecución de forma directa, pero desarrollaré de forma concisa sobre la conciliación.

2.2.1 La Conciliación

Cuando suceda la controversia, como la resolución contractual, cualquiera de las partes puede acudir a conciliación dentro del plazo de treinta (30) días para buscar la solución

de su conflicto, en ese sentido, es menester poder conceptualizar qué es la conciliación, es por ello que el Ministerio de Justicia (Minjus, 2019) indica:

La Conciliación Extrajudicial es una manera rápida y económica de resolver los conflictos con la colaboración de un tercero llamado conciliador. A través del diálogo, el conciliador facilita la comunicación entre las partes, lo que permite superar las diferencias y arribar a acuerdos que satisfacen a todos. Luego, se suscribe un Acta de Conciliación.

En ese sentido, es pertinente señalar lo indicado en el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), indicando:

45.12 La conciliación se realiza en un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos humanos. Durante la conciliación o ante la propuesta de acuerdo conciliatorio, el titular de la Entidad, con el apoyo de sus dependencias técnicas y legales, realiza el análisis costo-beneficio de proseguir con la controversia, considerando el costo en tiempo y recursos del proceso arbitral, la expectativa de éxito de seguir el arbitraje, y la conveniencia de resolver la controversia en la instancia más temprana posible. En ambos casos, se puede solicitar opinión de la procuraduría pública correspondiente o la que haga sus veces.

Una forma interesante que regula la norma, es que atribuye la Entidad que evalúe el costo beneficio y la posibilidad de ganar en un arbitraje y de acudir a conciliación con su fórmula, por lo que según (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), se estipula:

Artículo 224. Conciliación

224.1. Las partes pueden pactar la conciliación como mecanismo previo al inicio de un arbitraje. La conciliación se solicita ante un centro de conciliación acreditado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos dentro del plazo de caducidad correspondiente y es llevado a cabo por un conciliador certificado por dicho Ministerio.

224.2. Bajo responsabilidad, el Titular de la Entidad o el servidor en quien este haya delegado tal función evalúa la decisión de conciliar o de rechazar la propuesta de acuerdo conciliatorio considerando criterios de costo beneficio y ponderando los costos en tiempo y recursos del proceso arbitral...

224.4. Las Entidades registran las actas de conciliación con acuerdo total o parcial en el SEACE, dentro del plazo de diez (10) días hábiles de suscritas, bajo responsabilidad.

224.5. En caso el procedimiento conciliatorio concluya por acuerdo parcial o sin acuerdo, las partes pueden resolver la controversia en la vía arbitral. En caso de acuerdo parcial, el arbitraje solo puede versar sobre la parte controvertida.

Es así, que la Ley de Contrataciones del Estado con su Reglamento, tiene como una alternativa de solución de controversias a la conciliación colocando los requisitos y condiciones para poder llegar a conciliar, de frustrada ésta o de ser parcial, se tiene el plazo de treinta (30) días hábiles para acudir a arbitraje.

2.2.2 El Arbitraje

Es un mecanismo de resolución de conflictos, con reconocimiento de jurisdicción y que a pesar que es voluntario, en las Contrataciones del Estado es obligatorio su aplicación para resolver los conflictos que surjan del contrato, por lo que se procederá a detallar los puntos más importantes:

2.2.2.1 Concepto del Arbitraje

El arbitraje es un medio de resolución de conflictos que se encuentra regulado por la constitución política del Perú, la ley de Arbitraje y la Ley de Contrataciones del Estado.

Un concepto interesante, lo dan (Cantuarias & Manuel, 1997), al indicar que: “El arbitraje es un medio privado de solución de controversias, mediante la intervención y decisión de terceros también privados a quienes las partes de manera voluntaria han decidido someter su conflicto, aceptando de antemano acatar su decisión” (p. 39).

El Dr. (Caivano R. J., 1998) Roque Caivano, comenta de una forma didáctica sobre la esencia del arbitraje, indicando:

El arbitraje es en esencia, producto del consentimiento de las partes que deciden desplazar la jurisdicción natural de los jueces ordinarios hacia los árbitros. Dentro de su esfera de libertad, las partes también pueden pactar las normas por las que tramitará el proceso, sea en forma directa mediante el dictado de las reglas a las que deberán ceñirse los árbitros o en forma indirecta, mediante la remisión a reglas de procedimiento dictadas por la institución arbitral a la que las partes someten. También pueden las partes encomendar a los propios árbitros la confección de las reglas de procedimiento (p. 259).

El arbitraje es un medio alternativo de resolución de conflictos, que tiene función jurisdiccional, donde un tercero que es imparcial e independiente va a resolver el conflicto mediante un Laudo Arbitral que tiene la calidad de cosa juzgada.

2.2.2.2 Características del Arbitraje

Se podría establecer varias características del Arbitraje, pero procederemos a mencionar a las más importantes:

- 1) **Función Jurisdiccional.**- la Constitución Política del Perú, en su artículo 139.1° le da función de jurisdicción al arbitraje para poder resolver conflictos
- 2) **Es Heterocompositivo.**- quiere decir que existe un tercero independiente imparcial e independiente para resolver conflicto entre las partes.
- 3) **Es Voluntario.**- solo las partes mediante convenio arbitral procederán a acudir al arbitraje de forma voluntaria, salvo en contrataciones del Estado que es la única vía para resolver conflictos con el estado.
- 4) **Eficacia del Laudo.**- la resolución del proceso arbitral, se expresa mediante un Laudo Arbitral, el cual es definitivo, inapelable, con efecto de cosa juzgada y de cumplimiento obligatorio para las partes.
- 5) **Es Informal.**- a pesar que tiene una estructura procesal, es liberal por poder establecer las reglas del proceso que se desarrollará para resolver el conflicto.
- 6) **Es Rápido.**- Es que al acudir a un arbitraje, el árbitro se ha comprometido a la disponibilidad y por ende a enfocarse a resolver de forma exclusiva dicho proceso, por lo que la duración del proceso son mucho más cortos y más rápidos que ir al poder judicial.
- 7) **Especialización de los Árbitros.**- se refiere de la especialización según la materia de los árbitros que resolverán el proceso
- 8) **Independencia.**- quiere indicar que todas las decisiones son independientes y no se encuentren supeditados a decisiones judiciales ni a controles posteriores, salvo recurso de anulación o ejecución de Laudo Arbitral.
- 9) **Confidencial.**- Es una peculiaridad de que todo el proceso se tiene que mantener confidencial, salvo en proceso donde la materia sea contrataciones del Estado, en donde únicamente el Laudo Arbitral tiene que ser publicado por Interés Público.

- 10) Económico.- a pesar que los honorarios son elevados, los costos de transacción de la celeridad de los procesos arbitrales, serán más económicos que resolver en el poder judicial.

2.2.2.3 Regulación del Arbitraje

El Arbitraje se encuentra Regulado por el Decreto Legislativo N° 1071 con su modificatoria mediante Decreto de Urgencia N° 020-2020, y en Ley de Contrataciones del Estado con su Reglamento.

Si el arbitraje se realiza en Instituciones Arbitrales, se tendría que utilizar su Reglamento del Centro Arbitral que fue designado en el Convenio Arbitral en el Contrato.

2.2.2.4 Plazos para iniciar Arbitraje según la Ley de Contrataciones del Estado y sus características

A diferencia de la Ley de Arbitraje, nuestra normativa de Contrataciones del Estado tiene un plazo de caducidad para iniciar el proceso de conciliación y sobre todo de Arbitraje.

Es así que el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula:

Artículo 45.- Medios de solución de controversias de la ejecución contractual

45.5 Para los casos específicos en los que la materia en controversia se refiera a nulidad de contrato, resolución de contrato, ampliación de plazo contractual, recepción y conformidad de la prestación, valorizaciones o metrados, liquidación del contrato, se debe iniciar el respectivo medio de solución de controversias dentro del plazo de treinta (30) días hábiles conforme a lo señalado en el reglamento.

Del mismo modo, el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), regula lo siguiente:

Artículo 166.- Efectos de la resolución

166.3. Cualquier controversia relacionada con la resolución del contrato puede ser sometida por la parte interesada a conciliación y/o arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes de notificada la resolución. Vencido este plazo sin que se haya iniciado ninguno de estos procedimientos, se entiende que la resolución del contrato ha quedado consentida.

Es en ese artículo, que menciona sobre la resolución contractual que quede consentida, siempre que no se acuda a arbitraje dentro del plazo establecido.

En el mismo Reglamento, se detalla en el Artículo 198.8°, sobre la Ampliación del plazo contractual puede ser sometida a arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles.

Ahora, cuando se cuestiona la Nulidad del Contrato, el Reglamento, indica que dentro de los treinta (30) días hábiles de que se notifique la Nulidad del Contrato, el contratista puede acudir a arbitraje. Es por ello menester señalar lo indicado en el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018) con su modificatoria mediante (Decreto Supremo N° 376-2019-EF, 2019), regula:

Artículo 225. Arbitraje

225.1. Cualquiera de las partes tiene el derecho a iniciar el arbitraje dentro del plazo de caducidad correspondiente. El arbitraje es nacional y de derecho...

225.3. Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc cuando las controversias deriven de procedimientos de selección cuyo valor estimado o valor referencial, según sea el caso, sea menor o igual a cinco millones y 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00).

Un tema importante, es que la anterior norma derogada delimitaba el tipo de Arbitraje por cuantía, es así que si supera los veinticinco Unidades Impositiva Tributaria, será indefectiblemente arbitraje Institucional cuando sean cierto tipo de contratos, es así, que el anterior Artículo 184.3 del derogado Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, con su modificatoria según (Decreto Supremo N° 056-2017-EF), regulaba: “184.3. Las partes pueden recurrir al arbitraje ad hoc solo cuando las controversias deriven de contratos de bienes, servicios y consultoría en general, cuyo monto contractual original sea menor o igual a veinticinco (25) UIT”, pero ahora con la nueva norma cambió dicha condición a cinco millones de soles.

Ahora es pertinente señalar que el (Decreto de Urgencia N° 020-2020, 2020) que modifica varios artículos de la Ley de Arbitraje más no de la Ley de Contrataciones del Estado, regula varios artículos cuestionables, teniendo:

Artículo 7.- Arbitraje ad hoc e institucional.

5. Cuando el Estado peruano interviene como parte, el arbitraje es institucional, pudiendo ser ad hoc cuando el monto de la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias (UIT). En ambos casos son arbitrajes de derecho; con excepción de los proyectos desarrollados mediante Asociación Público Privada, cuando sus controversias

son de naturaleza técnica que pueden ser atendidas alternativamente por arbitrajes de conciencia.

Con dicha modificatoria, habría una contradicción con el art. 225.3 del Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en cuanto a la cuantía para el arbitraje Ad hoc, porque en el Reglamento menciona que será Ad Hoc si el valor estimado o valor referencial, sea menor o igual a cinco millones y 00/100 Soles (S/ 5 000 000,00), mientras con esta modificatoria de la Ley de Arbitraje, regula que será Ad Hoc cuando la controversia no supere las diez (10) unidades impositivas tributarias.

Con la modificatoria de la Ley de Arbitraje, en los arbitrajes en Contrataciones del Estado ya no será público solo el Laudo, sino las actuaciones después de la emisión del Laudo

2.2.2.5 Los Árbitros

Será o serán los encargados de resolver el conflicto, es por ello que se tiene que evaluar el convenio arbitral si se indica árbitro único o Tribunal arbitral, y de no estar indicado, se tendrá que verificar el número de árbitros que se encuentra regulado en los reglamentos de arbitraje de los centros de arbitraje, en el decreto legislativo N° 1071 con su modificatorias o la Ley de Contrataciones del Estado.

2.2.2.5.1 Inicio y Gastos Arbitrales

Se quiere establecer que en la presente investigación, es que no se busca si es rentable o no acudir al Arbitraje, sino de lo oneroso que esto significa para un contratista que se vio afectado por una resolución contractual por parte de la Entidad y que tiene que asumir los costos del abogado para los temas de procedimiento administrativo sancionador frente al tribunal de Contrataciones del Estado. Es así, que se indicará más adelante de los costos que significará un proceso arbitral y los costos en las instituciones arbitrales.

Es menester considerar lo indicado por la Maestra (Ledesma Narváez, 2014)

La condición legal de árbitro se adquiere desde el momento en que este “acepta” desempeñarse como tal, la mera designación o nombramiento que hace la parte no lo constituye como tal, pero la intervención del árbitro no estará en función y bajo los intereses de la parte que lo designó (p. 87).

2.2.2.5.2 Solicitud de Inicio y gastos arbitrales

Se puede probar que llevar un proceso arbitral va a ser sumamente oneroso, más aún si se realizan en los centros de arbitraje privados más importantes del Perú, que tienen tarifas más elevadas que realizarlo en un centro de arbitraje privado no conocido o ante la Dirección de Arbitraje del OSCE. En ese sentido se procederá a tocar en breve resumen como es el inicio del arbitraje, pero sustancialmente, lo que es materia de la presente investigación, se tocarán los costos de los procesos arbitrales en los diferentes centros.

2.2.2.5.2.1 Según la Ley de Arbitraje

El (Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje, 2008), regula en su artículo 33°, que el inicio del arbitraje, se iniciará en la fecha de la recepción de la solicitud para someter la solución de la controversia mediante arbitraje.

Según en donde se realice el Arbitraje, se tendrá que aplicar el Reglamento del Centro de Arbitraje de la institución que se haya seleccionado, salvo que se haya elegido un Arbitraje Ad Hoc, que las partes con el tribunal arbitral, desarrollarán las reglas que regirán en dicho proceso.

Los Dres. (Bullard González & Soto Coaguila, 2011), comentan lo siguiente:

El artículo 33° se refiere al inicio del arbitraje. Es un asunto aparentemente irrelevante y sencillo, pero en realidad es de suma importancia. Permite establecer objetivamente cuando es que estamos ante un arbitraje en curso. Esto es necesario, por ejemplo para el cómputo y definición de los plazos de prescripción y caducidad (p. 382).

2.2.2.5.2.2 Según la Ley de Contrataciones del Estado y realizado ante el Organismo Supervisor de la Contrataciones del Estado - OSCE

En el (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), se estableció la solución de controversias en el Artículo 223 y siguientes.

En especial, nos basaremos en el Artículo 227°, que indica que el arbitraje ad hoc se inicia con la solicitud de arbitraje dirigida a la otra parte por escrito los datos de las partes, indicación del convenio arbitral, resumiendo la controversia, las pretensiones con su cuantía de ser el caso, la designación del árbitro.

La contraparte tiene el plazo de (10) diez días hábiles para que proceda a contestar la solicitud, detallando sus datos, su postura, sus pretensiones, cuantía y designación del árbitro, ahora con la falta de dicha respuesta, el proceso continúa su curso.

En ese sentido, la solicitud de arbitraje cuando se realiza ante la Dirección de Arbitraje del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, se tiene que tener en consideración la Directiva N° 021-2016-OSCE/CD, en donde se tiene una tabla de gastos arbitrales organizados y administrados por el OSCE.

Es así, que no se realiza pago alguno por la solicitud de arbitraje, sino que se tiene que realizar el pago por la Solicitud de Instalación de Tribunal Arbitral o Árbitro Único, el cual asciende a S/. 210.00 (doscientos diez con 00/100 soles).

Del mismo modo, se tiene que asumir los honorarios de los árbitros y la tasa del arbitraje institucional del Sistema Nacional de Arbitraje del OSCE (SNA-OSCE), se puede observar la (Tarifa de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE, 2018), según se indica:

Es por ello, que los costos no solo son los honorarios de los árbitros, secretaría y la institución, sino también de los gastos del abogado y de ser el caso, de los gastos adicionales como peritos, copias, etc.

Objetivo de evaluar los costos

En esta parte, se procederá a mostrar los costos que asumirán las partes en el proceso arbitral, con lo que se probará que es un presupuesto adicional que tiene que asumir en muchos de los casos el demandante, por la Entidad tiene a no pagar los honorarios o el plazo de los trámites son excesivos por lo que el Tribunal solicita la subrogación de dichos honorarios para que lo asuma el demandante, que en muchos de los casos resultada imposible costearlo y conlleva a una suspensión del proceso arbitral y en varios de los casos al archivamiento del mismo, por más que el contratista tenga todo el derecho y la razón, por los motivos económicos se verá frustrado a poder defenderse y buscar justicia en el proceso.

En ese sentido, se va a proceder a señalar los costos que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado – OSCE, tiene en su tabla de honorarios referenciales según la cuantía de la controversia y no del monto del contrato, cuando el proceso arbitral se realiza de forma Ad Hoc, es por ello que será importante verificar las tablas para realizar una comparación de precios y que son montos altos que no toda persona jurídica podría solventar si no tiene presupuesto, por lo que procedo a indicar:

Tabla 2.3

Honorarios de la Secretaria arbitral del OSCE

Rango de Cuantía en Soles		%		Monto sin IGV
A	Hasta 36,000			
B	De 36,001 a 72,000	3%	1,220.40 + 3% sobre la cantidad que exceda de 36,000	2,300.40
C	De 72,001 a 108,000	2%	2,300.40 + 2% sobre la cantidad que exceda de 72,000	3,020.40
D	De 108,001 a 360,000	1%	3,020.40 + 1% sobre la cantidad que exceda de 108,000	3,740.40
E	De 180,001 a 360,000	0.5%	3,740.40 + 0.50% sobre la cantidad que exceda de 180,000	4,640.40
F	De 360,001 a 1'800,000	0.3%	4,640.40 + 0.30% sobre la cantidad que exceda de 360,000	8,960.40
G	De 1'800,001 a 3'600,000	0.2%	8,960.40 + 0.20% sobre la cantidad que exceda de 1'800,000	12,560.40
H	De 3'600,001 a más	0.1%	12,560.40 + 0.10% sobre la cantidad que exceda de 3'600,000	
El monto máximo a cobrar por la Secretaría Arbitral es de S/. 72,000				

Fuente: Dirección de Arbitraje del OSCE (2020)

Tabla 2.4

Honorarios del Árbitro Único del OSCE

Rango de Cuantía en Soles		%		Monto sin IGV
A	Hasta 36,000			2,700.00
B	De 36,001 a 72,000	5%	2,700.00 + 5% sobre la cantidad que exceda de 36,000	4,500.00
C	De 72,001 a 108,000	3.5%	4,500.00 + 3.50% sobre la cantidad que exceda de 72,000	5,760.00
D	De 108,001 a 360,000	2%	5,760.00 + 2% sobre la cantidad que exceda de 108,000	7,200.00
E	De 180,001 a 360,000	1%	7,200.00 + 1% sobre la cantidad que exceda de 180,000	9,000.00
F	De 360,001 a 1'800,000	0.75%	9,000.00 + 0.75% sobre la cantidad que exceda de 360,000	19,800.00
G	De 1'800,001 a 3'600,000	0.5%	19,800.00 + 0.50% sobre la cantidad que exceda de 1'800,000	28,800.00
H	De 3'600,001 a más	0.25%	28,800.00 + 0.25% sobre la cantidad que exceda de 3'600,000	
El monto máximo a cobrar por Árbitro Único es de S/. 126,000				

Fuente: Dirección de Arbitraje del OSCE (2020)

Tabla 2.5

Honorarios del Tribunal Arbitral del OSCE

Rango de Cuantía en Soles		%		Monto sin IGV
A	Hasta 36,000			5,400.00
B	De 36,001 a 72,000	10%	5,400.00 + 10% sobre la cantidad que exceda de 36,000	9,000.00
C	De 72,001 a 108,000	7%	9,000.00 + 7% sobre la cantidad que exceda de 72,000	11,520.00
D	De 108,001 a 360,000	4%	11,520.00 + 4% sobre la cantidad que exceda de 108,000	14,400.00
E	De 180,001 a 360,000	2%	14,400.00 + 2% sobre la cantidad que exceda de 180,000	18,000.00
F	De 360,001 a 1'800,000	1.5%	18,000.00 + 1.50% sobre la cantidad que exceda de 360,000	39,600.00
G	De 1'800,001 a 3'600,000	1%	39,600.00 + 1% sobre la cantidad que exceda de 1'800,000	57,600.00
H	De 3'600,001 a más	0.5%	57,600.00 + 0.50% sobre la cantidad que exceda de 3'600,000	
El monto máximo a cobrar por tribunal arbitral es de S/. 252,000				

Fuente: Dirección de Arbitraje del OSCE (2020)

2.2.2.5.2.3 Según el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima

Este Centro, tiene vigencia desde el 2017, el Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, en donde se tiene que aplicar para los procesos arbitrales que se desarrollen en dicho Centro.

Se inicia el arbitraje, de conformidad al Artículo 5° del Reglamento, mediante una Solicitud de arbitraje, donde se detalle los datos generales de las partes del conflicto, descripción de la controversia, las posibles pretensiones con sus montos, el contrato, el convenio arbitral, la designación del árbitro y el pago correspondiente.

A diferencia del Centro de Arbitraje de la PUCP, en la Cámara de Comercio de Lima, ellos otorgan un plazo razonable a criterio de ellos para que el solicitante cumpla con su subsanación de las omisiones, de ser subsanado se de por iniciado el arbitraje y se procede a cursar a la otra parte de la solicitud y anexos para que en el plazo de (10) diez días se apersone al proceso detallando sus datos personales, su postura en el proceso y de sus posibles pretensiones, y designar su árbitro, y cuando se encuentre todo conforme, se

procederá al procedimiento de designación del árbitro o tribunal arbitral para que se realice la instalación del proceso.

El artículo 42° del (Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2017), determina como costos:

Artículo 42 Decisión sobre los costos del arbitraje

1. Los costos del arbitraje incluyen los siguientes conceptos:

- a) Los honorarios y los gastos de los árbitros;
- b) Los gastos administrativos determinados por el Centro de conformidad con la Tabla de Aranceles vigente en la fecha de inicio del arbitraje;
- c) Los honorarios y los gastos de los peritos nombrados por el Tribunal Arbitral, si los hubiere; y
- d) Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.

Ahora, el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, establece el costo que se tiene que asumir por tasa de presentación de solicitud de arbitraje, y por ende a la actualidad el Tarifario actualizado por solicitud de Arbitraje que lo tiene que asumir el solicitante, asciende a:

- Pago por solicitud de Arbitraje Nacional, el costo que asumirá el solicitante será de S/ 500.00 (Quinientos con 00/100 soles) y la respuesta de la solicitud tiene el costo de S/ 500.00 (Quinientos con 00/100 soles).
- Pago por solicitud de Arbitraje Internacional.- El costo que asumirá el solicitante será de S/ 2000.00 (Dos mil con 00/100 soles), la respuesta de la solicitud tiene el costo de S/ 2000.00 (Dos mil con 00/100 soles) y la designación de árbitros tiene el costo de US\$/.1,000.00 (Un mil con 00/100 dólares americanos).

Como se puede observar de forma preliminar, los costos son considerables dependiendo si es un arbitraje nacional o internacional, por lo que se tiene que asumir los honorarios de los árbitros y la tasa del Centro, en donde se puede observar el (Tarifario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2019):

Del mismo modo que lo señalado anteriormente, se procederá a mencionar los costos arbitrales, para que se tenga una idea de cuánto asumiría un contratista el arbitraje y si podrá costear o no el mismo.

Tabla 2.6

Gastos administrativos arbitrales en la Cámara de Comercio de Lima

Cuantía en dólares		Tasa	Monto Min sin IGV	Monto Max sin IGV
A	Hasta 20,000	2,000 (monto fijo)		2,000.00
B	De 20,001 a 50,000	2,500 (monto fijo)		2,500.00
C	De 50,001 a 200,000	1% de la cantidad que exceda de 50,000	2,500.00	4,000.00
D	De 200,001 a 500,000	0.80% de la cantidad que exceda de 200,000	4,000.00	6,400.00
E	De 500,001 a 2'000,000	0.50% de la cantidad que exceda de 500,000	6,400.00	13,900.00
F	De 2'000,001 a 10'000,000	0.40% de la cantidad que exceda de 2'000,000	13,900.00	45,900.00
G	De 10'000,001 a 50'000,000	0.25% de la cantidad que exceda de 10'000,000	45,900.00	145,900.00
H	De 50'000,001 a 152'050,000	0.20% de la cantidad que exceda de 50'000,000	145,900.00	350,000.00

Fuente: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2020)

Tabla 2.7

Honorarios del Árbitro Único en la Cámara de Comercio de Lima

Cuantía en dólares		Tasa	Monto Min sin IGV	Monto Max sin IGV
A	Hasta 20,000	2,000 (monto fijo)		2,000.00
B	De 20,001 a 50,000	2,500 (monto fijo)		2,500.00
C	De 50,001 a 200,000	0.85% de la cantidad que exceda de 50,000	2,500.00	3,775.00
D	De 200,001 a 500,000	0.70% de la cantidad que exceda de 200,000	3,775.00	5,875.00
E	De 500,001 a 2'000,000	0.45% de la cantidad que exceda de 500,000	5,875.00	12,625.00
F	De 2'000,001 a 10'000,000	0.35% de la cantidad que exceda de 2'000,000	12,625.00	40,625.00
G	De 10'000,001 a 50'000,000	0.25% de la cantidad que exceda de 10'000,000	40,625.00	140,625.00
H	De 50'000,001 a 156'250,000	0.15% de la cantidad que exceda de 50'000,000	140,625.00	300,000.00

Fuente: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2020)

Tabla 2.8

Honorarios del Tribunal Arbitral en la Cámara de Comercio de Lima

Cuantía en dólares		Tasa	Monto Min sin IGV	Monto Max sin IGV
A	Hasta 20,000	6,000 (monto fijo)		6,000.00
B	De 20,001 a 50,000	7,500 (monto fijo)		7,500.00
C	De 50,001 a 200,000	2.40% de la cantidad que exceda de 50,000	7,500.00	11,100.00
D	De 200,001 a 500,000	1.95% de la cantidad que exceda de 200,000	11,100.00	16,950.00
E	De 500,001 a 2'000,000	1.20% de la cantidad que exceda de 500,000	16,950.00	34,950.00
F	De 2'000,001 a 10'000,000	0.96% de la cantidad que exceda de 2'000,000	34,950.00	111,750.00
G	De 10'000,001 a 50'000,000	0.60% de la cantidad que exceda de 10'000,000	111,750.00	351,750.00
H	De 50'000,001 a 171'833,334	0.45% de la cantidad que exceda de 50'000,000	351,750.00	900,000.00

Fuente: Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (2020)

2.2.2.5.2.4 Según el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Este Centro, tiene vigencia desde el 2017, el Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, en donde se tiene que aplicar para los procesos arbitrales que se desarrollen en dicho Centro.

El inicio del Arbitraje, según el Artículo 12° de su Reglamento, se inicia con la solicitud de arbitraje, que se tiene que dirigir a la Secretaría General del Centro, que verificará que se encuentren presentados y detallados todos los requisitos establecidos en el artículo 14° del Reglamento, de encontrarse incompleto se otorgará cinco (05) días al solicitante para que lo subsane; y de estar conforme la solicitud, se procederá a notificar a la demandada para que se apersona en el plazo de cinco (05) días, detallando sus datos personales, su postura en el proceso y de sus posibles pretensiones, y designar su árbitro.

En el supuesto que el futuro demandado, no presente todos los requisitos que se le solicite, se le dará cinco (05) días para subsanarlos, pero a pesar de eso no cumple, o no se apersona dentro del plazo establecido, se decidirá continuar el proceso hasta que se designen los árbitros y se proceda a la instalación del proceso.

El Artículo 76° del Reglamento del (Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2017), determina como costos en los procesos arbitrales de la siguiente forma:

Artículo 76°.- Los costos de un arbitraje comprenden los siguientes conceptos:

a) Los gastos administrativos del Centro, por la gestión del arbitraje, compuesto por:

- Tasa por presentación de la solicitud de arbitraje.
- Tasa administrativa del Centro.

b) Los honorarios de los árbitros.

c) Los gastos de viaje y otros que con ocasión a éstos realicen los árbitros y el personal del Centro, de conformidad con las disposiciones de este Reglamento.

d) Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por los árbitros, conforme a este Reglamento.

e) Los honorarios razonables de las defensas de las partes.

f) Otros gastos razonables derivados de las actuaciones arbitrales.

Algo interesante, es que dichos montos son de exclusiva decisión del Centro más no de las partes o el Tribunal Arbitral, y de ser el caso que lo hagan se dará como no decidido.

Ahora, el Artículo 77° del Reglamento, regula el costo que se tiene que asumir por tasa de presentación de solicitud de arbitraje, y por ende a la actualidad el Tarifario actualizado por solicitud de Arbitraje que tiene que asumir el solicitante, asciende a S/700.00 (Setecientos con 00/100 soles) donde se incluye el IGV.

Del mismo modo, se tiene que asumir los honorarios de los árbitros y la tasa del Centro de Arbitraje, en donde se puede observar el (Tarifario Arbitraje CARC - PUCP, 2019), y se podrá considerar los costos que asumirían las partes de forma referencial, y de forma preliminar verificar si tienen o no los fondos para costearlo durante el arbitraje y sin perjuicio que son anticipo de honorarios, es por ello que ante una inminente sanción por el Tribunal de Contrataciones del Estado, es por ello que se tiene los siguientes montos:

Tabla 2.9

Gastos Administrativos y Honorarios Arbitrales en el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Escala	Cuántia en soles	Tasa administración (sin IGV)	Honorarios Tribunal Arbitral (netos)	Honorarios Árbitro Único (netos)
A	Hasta 145,000	5,232	12,395	4,958
B	145,001 - 290,000	6,732	16,252	6,500
C	290,000 - 870,000	9,951	27,272	10,908
D	870,001 - 1'450,000	10,232	38,292	15,317
E	1'450,000 - 2'050,000	15,232	46,092	18,437
F	2'050,001 - 14'500,000	17,232	57,142	22,857
G	2'900,001 - 14'500,000	16,500 + 0.35% aplicado a la cuantía que excede de 2'900,000	57,152 + 0.80% aplicado a la cuantía que excede de 2'900,000	22,857 + 0.70% aplicado a la cuantía que excede de 2'900,000
H	14'500,000 - 80'000,000	55,100 + 0.30% aplicado a la cuantía que excede de 14'500,000	149,942 + 0.70% aplicado a la cuantía que excede de 14'500,000	59,977 + 0.23% aplicado a la cuantía que excede de 14'500,000
I	80'000,001 a más	251,600	608,442	210,627

Fuente: Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú. (2020)

En ese sentido, se puede concluir que llevar un arbitraje en la CARC de la PUCP, es un monto considerable de pagos por costos del proceso, y que en muchos de los casos, cuando el demandado es una Entidad del Estado, el pago será al 100% de forma inicial, porque la Entidad no asume su parte del 50% de los pagos, es por eso que el demandante se subroga a dicha obligación.

2.2.2.5.2.5 De la nueva liquidación de honorarios

Un tema de suma importancia, es que inicialmente se pacta un monto de anticipos de honorarios en el Acta de Instalación a base del monto de la controversia que el demandante ha colocado en su solicitud de arbitraje.

Posteriormente, en su demanda puede modificar dicho monto, y se realizará una nueva liquidación, del mismo modo, si el demandado reconviene, se tendrá que realizar nueva liquidación de honorarios, y así sucesivamente.

En ese sentido, el costo del arbitraje no es único, sino es variable con una base - que de por sí es elevado – y que durante el proceso si se aumentan pretensiones o incrementan los montos, o se piden realización de gestiones fuera de la sede, o viaje fuera

del mismo, se tendrán que asumir nuevos montos como pagos a los árbitros, en donde resulta oneroso de forma elevada, que si una de las partes no tiene los recursos suficientes y prevé que la otra no pague, tendrá que subrogarse, se estaría arriesgando que se archive el proceso por falta de pago.

2.2.2.6 Otros Gastos Arbitrales

La Ley de Arbitraje, a diferencia del Código Procesal Civil, ha unificado a los costos y costas del proceso a un solo grupo, al cual se le denomina costos procesales.

Ahora, el Artículo 56° numeral 2), de la Ley de Arbitraje, indica que el Tribunal Arbitral se tiene que pronunciar en el Laudo, sobre quien asumirá y cómo los costos que ha generado el proceso.

El (Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje, 2008), señala:

Artículo 73.- Asunción o distribución de costos.

1. El tribunal arbitral tendrá en cuenta a efectos de imputar o distribuir los costos del arbitraje, el acuerdo de las partes. A falta de acuerdo, los costos del arbitraje serán de cargo de la parte vencida. Sin embargo, el tribunal arbitral podrá distribuir y prorratear estos costos entre las partes, si estima que el prorrateo es razonable, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

Es por ello, que algunas de las veces el Tribunal Arbitral decide que ambas partes asuman de forma proporcional los costos del proceso, por más que exista un ganador en el Laudo; y de ser el caso, puede darse la figura que por más que uno haya perdido, puede darse que se ordene que el ganador que no asumió los honorarios del proceso, y que el perdedor se subrogó en su momento, en el Laudo se va a ordenar que a éste último se le reintegre el monto asumido por subrogación durante el proceso arbitral.

2.2.2.6.1 Costos Procesales

Una peculiaridad en la Ley de Arbitraje, es que da la posibilidad a las partes determinen los costos, es así, que según el (Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje, 2008), se entiende por Costos lo siguiente:

Artículo 70.- Costos. El tribunal arbitral fijará en el laudo los costos del arbitraje. Los costos del arbitraje comprenden:

- a. Los honorarios y gastos del tribunal arbitral.
- b. Los honorarios y gastos del secretario.
- c. Los gastos administrativos de la institución arbitral. d. Los honorarios y gastos de los peritos o de cualquier otra asistencia requerida por el tribunal arbitral.
- e. Los gastos razonables incurridos por las partes para su defensa en el arbitraje.
- f. Los demás gastos razonables originados en las actuaciones arbitrales.

Es así, que los costos más altos, siempre van a ser los honorarios que se asuman para el Árbitro Único o al Tribunal Arbitral, sin perjuicio de los gastos que se hagan a la secretaría o a la institución, que como se han visto, en la Cámara de Comercio de Lima y el Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP, son montos elevados que las partes van a tener que asumir.

2.3 El Tribunal de Contrataciones del Estado

2.3.1 Concepto

Es autoridad competente para resolver las apelaciones en los procedimientos de selección por el otorgamiento de buena pro, y sobre todo, que es competente en última instancia para llevar el procedimiento administrativo sancionador en contra de un contratista por la supuesta comisión de infracción de las disposiciones establecidas en la Ley de Constataciones del Estado, para resolver si se aplica o no sanciones a los proveedores, postores o contratistas.

El (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019) menciona:

Artículo 59.- Tribunal de Contrataciones del Estado

59.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado es un órgano resolutorio que forma parte de la estructura administrativa del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE). Cuenta con plena autonomía e independencia en el ejercicio de sus funciones.

2.3.2 Conformación del Tribunal de Contrataciones del Estado

El Tribunal de Contrataciones del Estado se encuentra constituido por cuatro (04) salas, cada una integrada por tres (03) vocales con dedicación a tiempo completo.

El (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), en la segunda disposición complementaria transitoria, regla sobre el Tribunal de Contrataciones del Estado, donde se indica:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS TRANSITORIAS

Segunda.- Los Vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado elegidos por concurso público en el marco del Decreto Supremo N° 034-2015-EF, que aprueba el procedimiento para el concurso público de evaluación y selección de los vocales del Tribunal de Contrataciones del Estado, mantienen su cargo hasta el cumplimiento del plazo señalado en el artículo 60 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, contados desde la fecha de su designación, sin perjuicio de las causales de remoción correspondientes.

Ahora del mismo modo, según el mismo (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), regula:

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Sexta.- El Presidente del Tribunal de Contrataciones del Estado es elegido por el pleno de los Vocales en funciones, por el periodo de un (1) año. Los resultados de la elección son comunicados por el Presidente al Consejo Directivo con la propuesta de conformación de las Salas. Antes del vencimiento de su mandato, es obligación del Presidente convocar a Sala Plena para efectuar la nueva elección.

Ahora, el (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019) menciona que los vocales tienen un periodo de tres (03) años, y que los requisitos para ser vocal se necesita:

Artículo 60. Requisitos e impedimentos para ser Vocal del Tribunal de Contrataciones del Estado

Para ello se requiere:

- a) Contar con título profesional universitario.
- b) Experiencia acreditada no menor a cinco (5) años en las materias relacionadas con la presente norma.
- c) Acreditar estudios de especialización en temas afines a las materias de esta Ley.
- d) Contar con reconocida solvencia moral.

e) No tener sentencia condenatoria por delito doloso o encontrarse inhabilitado para ejercer la función pública por sentencia judicial o por resolución del Congreso de la República, ni estar inmerso en causal de impedimento para el ejercicio de la función pública.

f) No haber sido declarado insolvente o haber ejercido cargos directos en personas jurídicas declaradas en quiebra, durante por lo menos un (1) año, previo a la declaración.

g) No haber sido inhabilitado para contratar con el Estado.

h) No tener participación en personas jurídicas que contraten con el Estado al momento de la postulación y no encontrarse impedido para contratar con el Estado Peruano conforme al artículo 11 de la presente Ley.

Algo sumamente preocupante es que los vocales pueden ser profesionales de otras carreras, que por más que hayan llevado cursos de contrataciones del Estado, es peligroso poner en manos de ellos que no son abogados, procedimientos en donde se tiene que velar los principios básicos y fundamentales del Derecho, como el Debido procedimiento y que tienen que conocer los alcances de los mismos.

2.3.3 Potestad Sancionadora

Como se ha venido indicando, el Tribunal de Contrataciones del Estado, es la autoridad que forma parte de la estructura del OSCE, la Ley de Contrataciones del Estado, menciona en su artículo 50.4°, que el Tribunal de Contrataciones del Estado, aplica sanciones de multa, inhabilitación temporal o definitiva, a quienes cometan infracción a la Ley de Contrataciones del Estado o incumplan los contratos, como son los proveedores, participantes, postores, contratistas y subcontratistas, por lo que la norma le otorga la potestad sancionadora al Tribunal de Contrataciones del Estado para imponer sanciones.

2.3.4 Funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado

Se procederá a mencionar las funciones del Tribunal de Contrataciones, y sobre todo se enfocará a la resolución contractual, ya que el Tribunal tiene un poder inquisidor frente a los contratistas, porque se preocuparán si dejaron consentir o no la resolución y se pondrán a valorar los agravantes o atenuantes para aplicar el tiempo de sanción en la inhabilitación.

2.3.4.1 Según la Ley de Contrataciones del Estado

El (TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, 2019), regula que el Tribunal de Contrataciones del Estado forma parte del OSCE, con autonomía e independencia, y posee las funciones:

59.1 El Tribunal de Contrataciones del Estado (...)

- a) Resolver, de ser el caso, las controversias que surjan entre las Entidades, los participantes y los postores durante el procedimiento de selección y los procedimientos para implementar o extender la vigencia de los Catálogos Electrónicos de Acuerdo Marco, manteniendo coherencia entre sus decisiones en casos análogos.
- b) Aplicar las sanciones de multa, inhabilitación temporal y definitiva a los proveedores, participantes, postores, contratistas, residentes y supervisores de obra, según corresponda para cada caso.
- c) Aplicar multas a las Entidades cuando actúen como proveedor.
- d) Las demás funciones que le otorga la normativa.

Como se puede observar, la función principal del Tribunal es sancionadora, y es por ello que es menester buscar una solución a evitar la sanción a contratistas que hayan sido perjudicados ante una resolución contractual ilegal realizada por la Entidad, por lo que en la presente investigación se propone una solución que se podría implementar y así velar un proceso justo y respetando los Derechos a los administrados.

2.3.4.2 Según el Reglamento de Organización y Funciones del OSCE

Ahora, es menester señalar las funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado, según lo regulado en el (ROF, 2016), que sería materia de la presente investigación, en donde se indica:

Artículo 21.-Funciones del Tribunal de Contrataciones del Estado

Son funciones del Tribunal:

- b) Imponer sanciones de multa o de inhabilitación temporal o definitiva en el ejercicio del derecho a participar en procesos de selección y para contratar con el Estado, a

proveedores, participantes, postores y contratistas, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado;

c) Imponer sanciones de multa a las Entidades que actúen como proveedores, conforme a lo dispuesto por la normativa de contrataciones del Estado...

j) Poner en conocimiento de la Contraloría General de la República, de manera fundamentada, los casos en que observe trasgresiones a la normativa de contrataciones del Estado, siempre que existan indicios razonables de perjuicio económico al Estado o de comisión de delito o infracciones graves o muy graves por responsabilidad administrativa funcional de acuerdo al marco legal vigente.

Como se puede apreciar, dentro de sus funciones es la de imponer sanciones de multa in inhabilitación temporal o definitiva, pero también el de poder en conocimiento de la Contraloría General de la República la transgresión de la normativa con indicios de perjuicio al Estado, es por ello que, también podría poner en conocimiento de la Contraloría para evalúe el motivo de la resolución contractual y si fue acorde a ley o no, porque de ser ilegal la resolución o no acorde a norma, la misma contraloría tomaría acciones legales en contra de los funcionarios incurso en dicha resolución.

CAPÍTULO III: ANÁLISIS DE LAS POSIBLES SOLUCIONES FRENTE AL PROBLEMA

3.1 Análisis del caso

La presente investigación, se ha enfocado en el consentimiento de la resolución contractual como causal de incumplimiento de obligaciones esenciales, es por ende, que cuando la Entidad resuelve el contrato bajo esta causal, el Tribunal de contrataciones del Estado tiene que proceder de conformidad a la norma y sancionar con multa o inhabilitación al contratista.

Es entonces, se tiene que aplicar sanción a un contratista cuando su actuar se tipifique en el artículo 50.1 f) de la Ley se le procederá a sancionar la denominada “falta de incumplimiento de obligaciones del contrato” y se sancionará con un plazo mínimo de tres (03) hasta un máximo de treinta y seis (36) meses de inhabilitación temporal para contratar con el Estado.

Es así que el contratista por su actuar negligente, por su incumplimiento de obligaciones esenciales, tiene que ser sancionado por el fondo de la resolución contractual, sea por penalidad máxima o por incumplimiento de obligaciones esenciales, es por ende, que la sanción radica en afectar con una inhabilitación al contratista por sus actos durante la ejecución del contrato; pero no se sanciona la forma o el procedimiento.

En ese sentido, se procederá a realizar preguntas y se responderá conforme el desarrolló que se tuvo en la presente investigación:

a) ¿Cuál es la razón por la que se sanciona a un contratista?

La respuesta es simple pero a la vez es complicada por los efectos que conlleva, por lo que procederemos a responder:

- Se sanciona por el incumplimiento de obligaciones esenciales

En ese sentido, se puede observar que dicho actuar es materia de fondo, y la sanción se aplica porque el contratista incumplió el contrato ya sea, por máxima penalidad o por

incumplimiento de obligaciones esenciales, reiterando lo indicado, se aplica sanción por motivos de fondo y dentro de la ejecución del contrato.

Con lo explicado nos ponemos en una interrogante sobre el resultado y la forma, por lo que hacemos la siguiente pregunta:

b) ¿Si la sanción recae por causal atribuible al contratista por materias de fondo, se puede sancionar por una causal de forma?

Pues se estaría desnaturalizando de forma completa la normativa porque únicamente se sanciona al contratista por lo realizado o lo que causó con su actuar, esto quiere porque alcanzó la máxima penalidad o incumplió obligaciones esenciales, pero ¿es dable sancionar por forma?, pues resulta que no, pero sí se sanciona por forma.

Es así, que el Tribunal de Contrataciones del Estado, acata lo indicado en la Ley de Contrataciones del Estado, que en su Artículo 50.1° señala en su literal: “f) Ocasionar que la Entidad resuelva el contrato, incluido Acuerdos Marco, siempre que dicha resolución haya quedado consentida o firme en vía conciliatoria o arbitral”.

Esto quiere decir, que si la Entidad resuelve el contrato, al Tribunal de Contrataciones no le va a importar el fondo del caso, o sea, no le va a interesar evaluar si la resolución se realizó conforme a ley y los hechos, sino lo único que le va a importar es que si dicha resolución contractual se sometió a conciliación y/o arbitraje.

Esta investigación se direcciona a dicha causal, ya que se desnaturaliza la sanción, la razón de la sanción y sus efectos, porque se estaría sancionando al contratista por forma y ya no por fondo, no es concebible sancionar a un contratista solo por no acudir a arbitraje, por cualquier fundamento que opte, como podría ser la falta de recursos económicos que se desarrolló sobre los costos onerosos del mismo; por más que se indique al Tribunal de Contrataciones del Estado que dicha resolución ha sido ilegal, el Tribunal hace caso omiso a la realidad, a los argumentos de la defensa del contratista, y se dedica a no verificar el fondo de la resolución y únicamente se base en que si no sometió a arbitraje, se proceda a sancionar con inhabilitación temporal al contratista.

Lo que la sanción busca, es que el Tribunal de Contrataciones del Estado acorde a la norma, no busque realizar una doble sanción al contratista, porque primero la Entidad sanciona contractualmente al Contratista, perjudicándolo en demasía a nivel económico, sino ahora el Tribunal sanciona de forma administrativa, inhabilitando y perjudicando peor aún al contratista de forma económica al contratista, por el mero hecho que no

sometió a arbitraje la posible resolución ilegal que realizó la Entidad, y sobre todo por causas no atribuibles a él.

Es así que, se puede realizar una nueva pregunta, referente al Tribunal de contrataciones al momento de aplicar sanción:

c) ¿El Tribunal de Contrataciones del Estado sanciona al contratista porque le resolvieron el contrato, o sanciona al contratista porque es responsable de la resolución del contrato?

Según lo analizado, se podría indicar al respecto, que el contratista decide no acudir al arbitraje cuando la Entidad resolvió el contrato, conllevará a que el Tribunal de Contrataciones sancione con inhabilitación al contratista por dejar consentir la resolución contractual, porque no se dedicarán a verificar si fue responsable o es imputable a la resolución contractual.

Entonces, se podría indicar que la norma, el Acuerdo del Pleno y lo que interpreta el Tribunal de Contrataciones del Estado, privilegia al momento de sancionar, la forma y no el fondo; además que se encuentra por encima de la razón de justicia.

Sin perjuicio de lo indicado en los párrafos anteriores, la problemática que existe y se tiene que solucionar de forma urgente, es que no es dable que se inhabilite a un contratista que por decisión propia no acudió a una solución de controversia, sea el motivo que sea, sea sancionado por dejar consentir la resolución

En la actualidad existen varias entidades del Estado, que contratan funcionarios que al momento de ejecutar los contratos estatales, cometen errores funcionales, o es más, de forma adrede comienzan a tener al contratista bajo presión con sus numerosos requerimientos y abuso de poder contractual que tiene, en muchos de los casos el contratista cede a sus pedidos, y en muchos de los casos, a pedidos que no se encontraban requeridos en el contrato, bases o en los términos de referencia, especificaciones técnicas o expediente técnico.

En ese sentido, en varios casos, donde las entidades al requerir dichos pedidos no contratados o abusar de su poder contractual, llegan a resolver el contrato perjudicando al contratista, ya que condiciona al mismo que tendrá que asumir un procedimiento administrativo sancionador ante la gran probabilidad de recibir una sanción de inhabilitación, debido a que la Ley de contrataciones del Estado, indica que si no se acude a arbitraje la resolución contractual queda consentida, por lo que si queda consentida, se

tiene que aplicar una sanción al contratista porque la Entidad le resolvió el contrato, pero no indica que si dicha resolución fue justificada o no, solo se cierran a la figura del consentimiento de la resolución consentida y aplican sanción de inhabilitación.

Es así, que el Tribunal de Contrataciones del Estado no debería sancionar a dicho contratista porque dejó consentir el contrato, esto quiere decir, que si decidió no acudir a arbitraje dentro del plazo establecido por la Ley, de los treinta (30) días hábiles de resuelto el contrato, sea motivo suficiente sin importarle el motivo verdadero de la resolución efectuada por la Entidad para que proceda a imponer una sanción en contra del contratista.

Es reiterado el criterio del Tribunal de Contrataciones del Estado, que por más que en el escrito de descargo y en la misma audiencia pública, se indique que la resolución contractual fue ilegal, abusiva, no acorde al contrato o bases o por último que fue exigiendo requisitos no contratados, y que por motivos privados como el de no tener presupuesto para acudir a arbitraje, no sean sancionados, y que procedan a evaluar si efectivamente dicha resolución contractual fue acorde a Ley, Bases y/o Contrato y si existió responsabilidad del contratista, y de ser así, que si no existe el mismo, sino se demuestra que fue la Entidad la que hizo abuso de poder o actuó no acorde a Ley o contrato, se proceda a no imponer una sanción de inhabilitación al contratista, el Tribunal únicamente se dedicará a sancionar con inhabilitación por más que el descargo del contratista pueda estar en lo correcto.

Por eso, es importante lo señalado por (Martín Tirado, 2013), que indica de forma puntual el principio de causalidad y como recae:

Este principio, sirviéndose del nexo de causalidad entre el sujeto infractor y la conducta infractora, busca que la sanción recaiga sobre quien haya vulnerado efectivamente el ordenamiento, tanto de manera activa como por omisión. Por tal motivo, solo sería culpable el autor inmediato de la conducta ilícita y no los colaboradores (p. 154).

Es así, que este principio busca que la infracción recaiga sobre la vulneración de la Ley, entiéndase en que el Contratista haya incumplido sus obligaciones esenciales en el contrato, es por ello que se le procede a sancionar, pero en las contrataciones del estado, si el contratista no acude a arbitraje después de que se le resuelve el contrato, se procederá a sancionar con inhabilitación, por más que alegue que no vulneró la normativa y que sufrió una resolución contractual ilegal, es por fundamentos así, y aplicación de este

principio que sustentamos la investigación, y que es menester solucionar el problema con las soluciones que se plantean.

Se tiene que valorar que acudir al arbitraje, tal como lo indica la norma, es una facultad opcional, y no se puede sancionar a un contratista que no acuda al mismo, y peor aún, sería adecuado que se evite el poder inquisitivo del Tribunal de Contrataciones del Estado al sancionar sin valorar el verdadero motivo de la resolución contractual.

3.2 Propuesta de solución

Se puede encontrar en la norma de Contrataciones del Estado, un artículo que podría contradecir levemente a lo desarrollado del consentimiento y del Pleno y sustentar la presente postura de la investigación.

Es así que se ha dejado indicado en la norma de forma expresa que si el contratista justifica los motivos no tendrá sanción, es así que tenemos en el Artículo 162.5 del (D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, 2018), donde se regula:

Artículo 162. Penalidad por mora en la ejecución de la prestación

162.5. El retraso se justifica a través de la solicitud de ampliación de plazo debidamente aprobado. Adicionalmente, se considera justificado el retraso y en consecuencia no se aplica penalidad, cuando el contratista acredite, de modo objetivamente sustentado, que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable. En ese último caso, la calificación del retraso como justificado por parte de la Entidad no da lugar al pago de gastos generales ni costos directos de ningún tipo.

Con dicho artículo, se puede deducir dos premisas puntuales que justifica el retraso, que son:

- Si se solicita una ampliación de plazo y está debidamente aprobado, o
- Cuando el contratista acredite de modo objetivo que el mayor tiempo transcurrido no le resulta imputable

Como se puede evidenciar, el contratista no será plausible de sanción de penalidad por parte de la Entidad, si es que justifica de forma objetiva el retraso, y lo más interesante de dicha regulación es que si no solicitó ampliación de plazo, o se le pasó el plazo conforme a Ley, tiene aún el derecho de justificar el retraso y si demuestra que el mayor

retraso es atribución a la Entidad, si es que justifica que la culpa es de la Entidad, no se le aplicará sanción de penalidad.

Entonces, si existe un artículo de suma importancia en la norma de contrataciones, que exonera a un contratista de sanción si justifica objetivamente que la culpa es de la entidad, mi pregunta y mi objetivo de la investigación va más allá, de por qué sancionar a un contratista con inhabilitación si justifica de forma objetiva que la resolución contractual fue culpa de la Entidad y que si no acudió a arbitraje no debería ser una consecuencia.

La interrogante alcanza a que no debería sancionarse al contratista, porque ante un procedimiento administrativo sancionador, bastaría que ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, demuestre, justifique objetivamente que la resolución fue ilegal o no fue causa o responsabilidad del contratista y que no lo sancione por más que decidieron no acudir a arbitraje.

Con ese antecedente, cuando se inicie el procedimiento administrativo sancionador, el contratista al momento de realizar su descargo, tiene que indicar y sustentar de forma objetiva, que la resolución contractual realizada por la Entidad es ilegal por contravenir a la norma o haberse acogido a un incumplimiento de obligaciones esenciales que no era parte del contrato y que dicha resolución ha quedado consentida, debería solicitar la suspensión del procedimiento, teniendo como requisito de procedibilidad –con el mismo objeto del recurso de apelación - un porcentaje de garantía a base del monto convocado, para que el Tribunal suspenda el procedimiento.

Declarando la admisión de la suspensión del procedimiento, el tribunal podría enviar el expediente a un área respectiva que podría ser:

- a) Al mismo OSCE, para que el área de Legal o la Dirección Técnico Normativa emita una opinión técnico legal sobre la resolución contractual;
- b) Se puede proponer la creación de un área en el OSCE para que se dedique exclusivamente a emitir opiniones sobre resoluciones de contrato que no se acudió a solución de controversias y fue solicitado por el contratista.

Cuando dicha autoridad emita su opinión después de realizar el estudio de la resolución contractual que ha quedado consentida y si efectivamente fue bien o mal

resuelta conforme a Ley y/o Bases, y de resultar mal resuelto el contrato, al expedirse dicho informe, el Tribunal de Contrataciones debería tomar las siguientes acciones:

- a) Resolver el procedimiento administrativo sancionador exonerando de sanción de inhabilitación al contratista, pero dejando establecido de forma expresa que dicha decisión no modificará, alterará, declara nulo ni revertirá el contenido de la resolución.
- b) Proceder a devolver la garantía presentada por el contratista por la solicitud de suspensión.
- c) De ser evidente que el funcionario fue negligente al momento de resolver el contrato, cursar a la Contraloría General de la República para que inicie un procedimiento administrativo disciplinario en contra de dicho funcionario.

Si el informe indica que la resolución contractual ha sido conforme a la Ley, bases y/o contrato, el Tribunal de Contrataciones del Estado, procederá a:

- a) Levantar la suspensión del procedimiento y continuar con el mismo
- b) Proceder a sancionar al contratista por la causal atribuida a su responsabilidad
- c) Ejecutar la garantía por la suspensión del procedimiento

Es así, que vemos por pertinente que se modifique la norma de contrataciones del Estado, como el artículo 50.1°, incorporando una condición que al referirse al literal F) del artículo 50.1°, que a pedido del Contratista, el Tribunal de Contrataciones evaluará la suspensión del procedimiento sancionador según los argumentos objetivos del contratista, y proceder a remitir el expediente al OSCE para que proceda a evaluar y emitir una opinión mediante informe técnico legal que si la resolución contractual fue realizada conforme a Ley, bases y/o el contrato, y si se indica que se resolvió de una forma contraria a la ley, base o contrato, el Tribunal no aplicará sanción de inhabilitación al contratista.

Del mismo modo, que se incorpore una condición al artículo 50° de la Ley de contrataciones del Estado, en donde se detalle, que si el Tribunal de Contrataciones del Estado con el Informe del OSCE sobre el estudio de la resolución contractual solicitada por el contratista en pleno procedimiento administrativo sancionador, resulta que la Entidad resolvió el contrato de forma errónea y/o ilegal; el Tribunal de Contrataciones del Estado proceda a cursar a la Contraloría General de la República para que tome acciones e inicie un procedimiento administrativo disciplinario a todos los funcionarios responsables que emitieron dicha resolución.

De la misma manera, se tendría que modificar o de ser el caso, dejar sin efecto el Acuerdo de Sala Plena 006/2012, que es sustento del Tribunal de sancionar a los contratistas que dejaron consentir la resolución contractual; en el supuesto que sea incorporar, se tiene que incorporar las condiciones establecidas en los párrafos anteriores, y que por más que haya quedado consentida la resolución contractual, no significa que el contratista haya sido el culpable de la misma.

Es así, que en el supuesto que el contratista que sea llevado al Tribunal de Contrataciones del Estado porque la Entidad le resolvió el contrato, y el contratista no acudió a cualquier medio de resolución de conflictos y/o la resolución haya quedado consentida, el contratista solicite la suspensión del procedimiento argumento y sustentando de forma objetiva técnico legal que la resolución fue ilegal o a contravenido a lo establecido en la Ley, bases o contrato, con lo que tendría que dejar una garantía mínima para que el Tribunal de contrataciones del estado curse al OSCE y emita un informe para conocer si dicha resolución estuvo hecha de forma correcta o no, y si la Entidad resolvió de forma errónea, el Tribunal tendrá que exonerar de sanción de inhabilitación al contratista y tomar acciones en contra de los funcionarios que emitieron la resolución.

CONCLUSIONES

En la presente investigación, se ha llegado a las siguientes conclusiones:

- La norma de Contrataciones del Estado regula que, si la resolución contractual no es cuestionada acudiendo a Conciliación y/o Arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles de resuelto el contrato, va a adquirir la calidad de consentida.
- El Tribunal de Contrataciones del Estado, tiene competencia de iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de un contratista que dejó consentir la resolución contractual, o del ser del caso, suspender el procedimiento administrativo sancionador si es que se decidió acudir a arbitraje, por lo que el Tribunal estará a la espera del Laudo Arbitral para reiniciar el procedimiento administrativo sancionador.
- Los costos de acudir a Arbitraje, como se desarrolló en el presente trabajo ante las 3 instituciones arbitrales más grandes del país, resulta que son montos económicos elevados para que una empresa pequeña o endeudada, que no puedan solventarlo.
- El Tribunal de Contrataciones del Estado, tiene que imponer sanción de inhabilitación temporal al contratista de conformidad al Art. 50.1 f) de la Ley de Contrataciones del Estado, por haber dejado consentir la resolución contractual que fue realizada por la Entidad.
- El Tribunal de Contrataciones del Estado, solo se dedicará a sancionar por la formalidad y no por el fondo, esto quiere decir, que por más que la resolución tenga deficiencias, vicios o sea ilegal y el contratista no acudió a arbitraje, el Tribunal sancionará por la forma, esto quiere decir, dejar consentir la resolución, a pesar que en pleno procedimiento administrativo sancionador.
- Se estaría vulnerando el Principio de Causalidad, debido que dicho Principio busca sancionar al responsable que cometió la infracción sancionable por Ley y no por un hecho ajeno; y sancionar por forma, entiéndase porque el contratista dejó consentir la resolución, sería una causa ajena al motivo de la sanción originaria de la infracción, que sería la resolución, sin perjuicio que si fue o no culpable de dicho hecho.
- Se ha analizado que existen casos que por más que el contratista alegó y probó ante el Tribunal que la resolución fue ilegal, o acudiendo a arbitraje se archivó por falta de recursos (acudir a arbitraje significa un presupuesto considerable para pagar los

honorarios), no fue considerado ni como atenuante, sino únicamente sancionó por el mero hecho de no acudir a arbitraje, convirtiéndose un mero hecho de sancionar a un inocente con o sin recursos económicos para poder efectuar su derecho a la defensa y revertir la ilegal decisión de la Entidad, pero por carecer dichos recursos, se procede a sancionarlo, afectando en la mayoría de los casos en perjuicio económico gravísimo porque además de no cobrar lo que le debe la Entidad, ejecutarle la fianza, se le procederá a inhabilitar temporalmente para contratar con el Estado.



RECOMENDACIONES

En la presente investigación, se ha llegado a realizar las siguientes recomendaciones:

- Que se modifique la norma, incorporando un párrafo al Artículo 50.1 de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, indicando que a pedido del Contratista mediante sustentación de forma objetiva ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando la resolución contractual haya quedado consentida, se proceda a suspender el procedimiento administrativo sancionador, a costo del mismo, remitiendo el expediente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para que proceda a evaluar si la resolución contractual fue o no causa atribuible al contratista, y con dicha opinión, el Tribunal de Contrataciones del Estado proceda a aplicar sanción o a liberar de responsabilidad al contratista
- Que se modifique la norma, incorporando un numeral al Artículo 50, que sería el 50.14° de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, indicando que en el supuesto del literal f) del numeral 50.1 del artículo 50, cuando después de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), determine mediante un informe a pedido del Tribunal de Contrataciones del Estado, que la resolución contractual realizada por la Entidad, fue realizada ejerciendo abuso de derecho, de forma ilegal, no tenga motivación, que la causal o requerimientos que se solicitó al contratista no se encontraba estipulada en el contrato o las Bases, el Tribunal de Contrataciones del Estado, procederá a cursar al Órgano de Control Institucional de la Entidad o a la Contraloría General de la República para que se inicie acciones legales en contra de los funcionarios responsables de la resolución contractual.
- Que se modifique la norma, incorporando un literal al Artículo 59.1, de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, que dentro de la función del Tribunal de Contrataciones del Estado, evalúe la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, a pedido del Contratista con argumentos y pruebas objetivas, cuando ocurra el supuesto del literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de contrataciones del Estado, hasta que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emita un informe de la resolución contractual.

- Que, la solicitud de suspensión del procedimiento administrativo sancionador, se presente conjuntamente con el escrito de descargo de conformidad al literal f) del artículo 260 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, teniendo como requisito de admisibilidad, una garantía equivalente al tres por ciento (3%) del valor del contrato que se solicita evaluar la resolución contractual, dicha garantía debe cumplir con las características indicadas en el artículo 33 de la Ley y tener una vigencia mínima de treinta (30) días calendario; asimismo, puede consistir en un depósito en cuenta bancaria del OSCE. De no presentarse la garantía, la solicitud se considerará automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno.
- Si el informe del OSCE determina que la resolución contractual fue realizada de forma ilegal, contraviniendo la ley, bases o el contrato, el Tribunal de Contrataciones del Estado, procederá a ordenar la devolución de la garantía al contratista.
- Que se modifique la norma, Incorporando un literal al Artículo 261.1° del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, indicando que a solicitud de parte, cuando el Tribunal considere que, para determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente con la opinión del OSCE, cuando el procedimiento administrativo sancionador sea referente al literal f), numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado.
- Que el Órgano de Control Institucional de cada Entidad, realice fiscalización posterior de los argumentos de resolución contractual por parte de los funcionarios y si éstos fueron acorde a Derecho y Contrato, para que así se sancione a los funcionarios que han actuado de mala fe en contra de un contratista.

REFERENCIAS

- 1438/2007-TC-S3, R. N. (21 de Setiembre de 2007). Obtenido de <http://www.osce.gob.pe/tribunal/ResTrib2007/RES1438-2007-TC-S3.htm>
- Acuerdo de Sala Plena N° 006/2012 (Tribunal de Contrataciones del Estado 20 de Setiembre de 2012).
- Amado, J., & Miranda, L. (2000). Aplicabilidad de la cláusula pacta sunt servanda del artículo 62 de la Constitución a los contratos regulados por el Derecho Público. *Themis*, 258.
- Baca Oneto, V. (2012). . ¿Responsabilidad subjetiva u objetiva en materia sancionadora? Una propuesta de respuesta a partir del ordenamiento peruano. *Diplomado Administrativo Sancionador*.
- Baca Oneto, V. S. (27 de Setiembre de 2019). *Revista Digital de Derecho Administrativo de la Universidad Externado de Colombia*. Obtenido de <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/5708/7104>
- Barletta, F., Pereira, M., Robert, V., & Yoguel, G. (2013). Argentina: dinámica reciente del sector de software y servicios informáticos. *Revista de la CEPAL*(110), 137-155. Obtenido de <http://www.cepal.org/publicaciones/xml/1/50511/RVE110Yoqueletal.pdf>
- Bermejo Vera, J. (2005). *Derecho Administrativo, parte especial*. Madrid: Civitas.
- Bullard González, A., & Soto Coaguila, C. (2011). *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*. Lima: Instituto Peruano de Arbitraje.
- Caivano, R. (1998). *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima.
- Caivano, R. J. (1998). *Negociación, Conciliación y Arbitraje*. Lima: Apenac.
- Cantuarias, F., & Manuel, A. (1997). *El arbitraje en el Perú desarrollo actual y perspectivas futuras*. Lima.
- Cassagne, J. C. (1999). *El Contrato Administrativo*. Buenos Aires: Abelardo Perrot.
- Choy, M., & Chang, G. (2014). *Medidas macroprudenciales aplicadas en el Perú*. Lima: Banco Central de Reserva del Perú. Obtenido de <http://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Documentos-de-Trabajo/2014/documento-de-trabajo-07-2014.pdf>
- Código Civil. (24 de Julio de 1984).
- Constitución Política del Perú (29 de Diciembre de 1993).
- Cortéz Tataje, J. C. (2017). *Comentarios al TUO de la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Jurista Editores.
- D.S. 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado. (31 de Diciembre de 2018).
- D.S. N° 184-2008-EF. (s.f.).
- Danós Ordoñez, J. (1995). Notas acerca de la potestad sancionadora de la Administración Pública. *Ius Et Veritas*.
- De La Puente, M. (1991). *El Contrato en General*. Lima: PUCP fondo editorial.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. (s.f.).
- Decreto de Urgencia N° 020-2020 (23 de 01 de 2020).
- Decreto Legislativo N° 1017. (s.f.).
- Decreto Legislativo N° 1071, Ley General de Arbitraje (27 de Julio de 2008).
- Decreto Legislativo N° 350-2015-EF. (s.f.).
- Decreto Supremo N° 184-2008-EF. (s.f.). *Reglamento del Decreto Legislativo 1017*.

- Decreto Supremo N° 376-2019-EF. (14 de Diciembre de 2019). *Modificación al Reglamento de la Ley N° 30225*.
- Decreto Supremo N° 056-2017-EF.
- Gamero Casado, E., & Fernández Ramos, S. (2005). *Manual básico administrativo*. Madrid: Tecnos.
- García de Enterría, E., & Fernández, T. R. (s.f.). *Curso de derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- García Nieto, J. P. (2013). *Consturys tu Web comercial: de la idea al negocio*. Madrid: RA-MA.
- Guzmán Napuri, C. (2013). *Manual Del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Pacífico Editores.
- Guzmán Napuri, C. (2016). *Los Procedimientos Administrativos Sancionadores*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Guzmán Napuri, C. (2017). *Manual del Procedimiento Administrativo General*. Lima: Instituto Pacífico.
- Huapaya Tapia, R. (2005). “¿Cuáles son los alcances del derecho al debido procedimiento administrativo en la Ley del Procedimiento Administrativo General? *Actualidad Jurídica*.
- Ledesma Narváez, M. (2014). *Jurisdicción y Arbitraje*. Lima : Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Martín Tirado, R. (2013). *Procedimiento Administrativo Sancionador en materia de contratación pública*. Lima: Ius Et Praxi.
- Martínez Zamora, M. A. (19 de octubre de 2018). *Revista Derecho & Sociedad*, N° 45. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/15248>
- Messineo, F. (1952). *Doctrina General del Contrato*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.
- Minjus. (17 de Setiembre de 2019). *Ministerio de Justicia y Derechos Humanos*. Obtenido de www.minjus.gob.pe/conciliacion-extrajudicial/
- Morello, A. (1975). *Ineficacia y frustración del contrato*. Buenos Aires: Platense Abeledo Perrot.
- Morón Urbina, J. C. (2011). *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo Sancionador*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. C. (2014). *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo General*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Morón Urbina, J. C. (2016). *La Contratación Estatal*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Nieto, A. (2005). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Opinión N° 052-2015/DTN (OSCE 08 de Abril de 2015).
- Opinión N° 036-2017/DTN (OSCE 03 de Febrero de 2017).
- Opinión N° 073-2015/DTN (OSCE 13 de Mayo de 2015).
- Opinión N° 118-2017/DTN (OSCE 19 de Mayo de 2017).
- Opinión N° 147-2015/DTN (OSCE 16 de Septiembre de 2015).
- Opinión N° 027-2014/DTN (OSCE 13 de Febrero de 2014).
- Opinión N° 043-2011/DTN (OSCE 04 de Mayo de 2011).
- Podetti, H. (2002). *Contrato de Construcción*. Buenos Aires: Astrea.
- Reglamento de Arbitraje de la Unidad de Arbitraje del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la Pontificia Universidad Católica del Perú (2017).
- Reglamento de Arbitraje del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima (01 de Enero de 2017).

Resolución N° 0039-2019-TCE-S4 (Tribunal de Contrataciones del Estado 07 de Enero de 2019).

Resolución N° 1287-2018-TCE-S1 (Tribunal de Contrataciones del Estado 06 de julio de 2018).

Resolución N° 129-2010-TC-S3 (Tribunal de Contrataciones del Estado 26 de Enero de 2010).

Resolución N° 1744-2019-TCE-S3 (Tribunal de Contrataciones del Estado 25 de Junio de 2019).

Resolución N° 1819-2018-TCE-S2 (Tribunal de Contrataciones del Estado 25 de Setiembre de 2018).

Resolución N° 1858-2018-TCE-S1 (Tribunal de Contrataciones del Estado 01 de Octubre de 2018).

Resolución N° 1858-2018-TCE-S1 (Tribunal de Contrataciones del Estado 25 de Setiembre de 2018).

Resolución N° 2344-2013-TC-S2 (Tribunal de Contrataciones del Estado 10 de Octubre de 2013).

ROF, R. d. (06 de Abril de 2016). *Decreto Supremo 076-2016-EF*. Obtenido de <http://portal.osce.gob.pe/osce/sites/default/files/Documentos/institucional/DS%20N%C2%B0%20076-2016-EF%20%20-%20%20ROF-OSCE%20ROF%20FINAL%20CON%20VISTOS.pdf>

Sánchez Morón, M. (2005). *Derecho Administrativo. Parte General*. Madrid: Tecnos.

STC N° 02493-2012-PA/TC (Tribunal Constitucional 16 de Abril de 2014).

STC N° 0618-2005-PHC/TC. (08 de Marzo de 2015). *Sentencia del Tribunal Constitucional*.

STC N° 2868-2004-AA/TC (Sentencia del Tribunal Constitucional 24 de Noviembre de 2004).

Tafur Sánchez, S., & Rodolfo Miranda Miranda, R. (2008). Contratación Estatal: Algunas Reflexiones Generales. *Derecho y Sociedad*, 140-152.

Tarifa de Gastos Arbitrales del SNA-OSCE. (10 de octubre de 2018). Obtenido de <http://www.osce.gob.pe/articulo.asp?ids=7&ido=39&idso=53>

Tarifario Arbitraje CARC - PUCP. (24 de setiembre de 2019). Obtenido de <http://carc.pucp.edu.pe/servicios/arbitraje/tarifas/>

Tarifario del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima. (25 de setiembre de 2019). Obtenido de <https://www.arbitrajeccl.com.pe/tarifas/>

TUO de la Ley 27444. Decreto Supremo 004-2019-JUS.

TUO de la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225. (13 de Marzo de 2019).

Vergaray Bejar, V., & Gómez Apac, H. (2009). *La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador*. Lima: UPC.

Vergaray Bejar, V., & Gómez Apac, H. (2009). *La potestad sancionadora y los principios del procedimiento sancionador*. Lima: UPC.

Wittmann, R. (2006). ¿Hubo una revolución en la lectura a finales del siglo XVIII? En G. Cavallo, & R. Chartier, *Historia de la lectura en el mundo occidental* (págs. 435-472). México D.F.: Santillana.



ANEXOS

ANEXO 1: Propuesta de Proyecto de Ley

PROYECTO DE LEY N° XXXX/2020-EF

Proyecto de Ley: Propone Ley que modifica el artículo 50, 50.1°, 59.1 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo inciso b) 261.1 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado

El Congresista de la República que suscribe, -----, en representación de la nación, en ejercicio de la iniciativa legislativa a que se refiere el artículo 107° de la Constitución Política del Perú, concordante con el artículo 75° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de Ley:

CONSIDERANDO:

Según la Ley de Contrataciones del Estado, Ley N° 30225, faculta a las partes de un contrato, que dentro del plazo de (30) treinta días hábiles, puedan acudir a conciliación y/o arbitraje y hacer velar sus derechos, y así poder cuestionar el supuesto incumplimiento contractual, pero dicho Derecho tiene un costo elevado en el mercado porque el Arbitraje tiene un costo elevado, más aún si se opta por un Arbitraje Institucional.

Dicha facultad de acudir a arbitraje, y dejar consentir la resolución contractual, hace que el Tribunal de Contrataciones del Estado, únicamente se dedique a verificar el cumplimiento de forma y no de fondo, esto quiere decir, que verificará si se dejó consentir la resolución contractual, con lo que procedería a aplicar sanción de inhabilitación en contra del mismo, por más que el investigado argumente que la Entidad ha procedido a resolver el contrato de forma ilegal o contraviniendo a las Bases y/o contrato.

Que, es necesario regular a través de una ley, que el Investigado tenga el Derecho de solicitar una suspensión del procedimiento administrativo sancionador ante el Tribunal de Contrataciones del Estado del Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado, cuando pruebe y sustente objetivamente que el contrato fue resuelto por la Entidad de forma ilegal y/o arbitraria, y que el OSCE proceda a evaluar dicha resolución, y de ser el caso que se determine que el contrato fue resuelto de forma ilegal o contraviniendo a las Bases y/o contrato, el Tribunal de Contrataciones del Estado no proceda a sancionar al investigado, pero dejando expresado de forma clara que dicha exoneración de sanción no invalida, ni declarará la nulidad, ni producirá ningún efecto en contra de la resolución contractual, debido a que dicho punto se tiene que resolver en Arbitraje de conformidad a la Ley de Contrataciones del Estado.

Por las consideraciones expuestas, se propone al Congreso de la República, el siguiente Proyecto de Ley:

LEY QUE MODIFICA LA LEY N° 30225, LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO Y EL DECRETO SUPREMO 344-2019-EF, REGLAMENTO DE LA LEY DE CONTRATACIONES DEL ESTADO

Artículo 1. Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto modificar el artículo 50, 50.1, 59.1 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo inciso b) 261.1 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Artículo 2. Modificación del artículo 50.1° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Modifíquese el artículo 50.1 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, incorporando un párrafo, en los siguientes términos:

“Artículo 50.- Infracciones y sanciones administrativas

(...)

Para el caso a que se refiere el literal f) del numeral 50.1 del presente numeral, a pedido del Contratista mediante sustentación de forma objetiva ante el Tribunal de Contrataciones del Estado, cuando la resolución contractual ha quedado consentida, se proceda a suspender el procedimiento administrativo sancionador, a costo del mismo, remitiendo el expediente al Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), para que proceda a evaluar si la resolución contractual fue o no causa atribuible al contratista, y con dicha opinión, el Tribunal de Contrataciones del Estado proceda a aplicar sanción o a liberar de responsabilidad al contratista”.

Artículo 3. Modificación del artículo 50° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Modifíquese el artículo 50° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, incorporando un numeral, en los siguientes términos:

“Artículo 50.- Infracciones y sanciones administrativas

(...)

50.14. En el supuesto del literal f) del numeral 50.1 del artículo 50, cuando después de que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE), determine mediante un informe a pedido del Tribunal de Contrataciones del Estado, que la resolución contractual realizada por la Entidad, fue realizada ejerciendo abuso de derecho, de forma ilegal, no tenga motivación, que la causal o requerimientos que se solicitó al contratista no se encontraba estipulada en el contrato o las Bases, el Tribunal de Contrataciones del Estado, procederá a cursar al Órgano de Control Institucional de la Entidad o a la Contraloría General de la República para que se inicie acciones legales en contra de los funcionarios responsables de la resolución contractual.

Artículo 4. Modificación del artículo 59.1° de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado

Modifíquese el artículo 59.1 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, incorporando un literal, en los siguientes términos:

“Artículo 59. Tribunal de Contrataciones del Estado

(...)

59.1°

e) Evaluar la suspensión del procedimiento administrativo sancionador, a pedido del Contratista con argumentos y pruebas objetivas, cuando ocurra el supuesto del literal f) del numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de contrataciones del Estado, hasta que el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) emita un informe de la resolución contractual.

La solicitud de suspensión del procedimiento administrativo sancionador, se presenta conjuntamente con el escrito de descargo de conformidad al literal f) del artículo 260 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, teniendo como requisito de admisibilidad, una garantía equivalente al tres por ciento (3%) del valor del contrato que se solicita evaluar la resolución contractual, dicha garantía debe cumplir con las características indicadas en el artículo 33 de la Ley y tener una vigencia mínima de treinta (30) días calendario; asimismo, puede consistir en un depósito en cuenta bancaria del OSCE. De no presentarse la garantía, la solicitud se considerará automáticamente como no presentado, sin necesidad de pronunciamiento alguno.

Si el informe del OSCE determina que la resolución contractual fue realizada de forma ilegal, contraviniendo la ley, bases o el contrato, el Tribunal de Contrataciones del Estado, procederá a ordenar la devolución de la garantía al contratista.

Artículo 5.- Modificación del artículo 261.1 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de Ley de Contrataciones del Estado

Modifíquese el artículo 261.1° del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, incorporando un literal, en los siguientes términos:

“Artículo 261. Suspensión del procedimiento administrativo sancionador

261.1. El Tribunal suspende el procedimiento administrativo sancionador siempre que:

(...)

c) A solicitud de parte, cuando el Tribunal considere que, para determinación de responsabilidad, es necesario contar, previamente con la opinión del OSCE, cuando el procedimiento administrativo sancionador sea referente al literal f), numeral 50.1 del artículo 50 de la Ley de Contrataciones del Estado.

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera.- La Administración Pública contará con un plazo de sesenta (60) días a partir de la publicación de la presente Ley para acondicionar su funcionamiento de acuerdo a las obligaciones que surgen de su normativa.

Lima,

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La norma de Contrataciones del Estado regula que si la resolución contractual no es cuestionada acudiendo a Conciliación y/o Arbitraje dentro de los treinta (30) días hábiles de resuelto el contrato, va a adquirir la calidad de consentida.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, tiene competencia de iniciar procedimiento administrativo sancionador en contra de un contratista que dejó consentir la resolución contractual, o del ser del caso, suspender el procedimiento administrativo sancionador si es que se decidió acudir a arbitraje, por lo que el Tribunal estará a la espera del Laudo Arbitral para reiniciar el procedimiento administrativo sancionador.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, tiene que imponer sanción de inhabilitación temporal al contratista de conformidad al Art. 50.1 f) de la Ley de Contrataciones del Estado, por haber dejado consentir la resolución contractual que fue realizada por la Entidad.

El Tribunal de Contrataciones del Estado, solo se dedicará a sancionar por la formalidad y no por el fondo, esto quiere decir, que por más que la resolución tenga deficiencias, vicios o sea ilegal y el contratista no acudió a arbitraje, el Tribunal sancionará por la forma, esto quiere decir, dejar consentir la resolución, a pesar que en pleno procedimiento administrativo sancionador se haya dejado expresado que no fue responsabilidad del contratista

Se estaría vulnerando el Principio de Causalidad, debido que dicho Principio busca sancionar al responsable que cometió la infracción sancionable por Ley y no por un hecho ajeno; y sancionar por forma, entiéndase porque el contratista dejó consentir la resolución, sería una causa ajena al motivo de la sanción originaria de la infracción, que sería la resolución, sin perjuicio que si fue o no culpable de dicho hecho.

Es así que se necesita regular la posibilidad de que el contratista pueda ejercer el Derecho de defensa, al solicitar la suspensión del procedimiento administrativo para que la autoridad especializada en contrataciones del Estado, que es el Organismo Supervisor de las Contrataciones del Estado (OSCE) proceda a emitir una informe legal referente si la Entidad resolvió el contrato conforme a Ley, Bases y/o Contrato, de no ser así, el Tribunal de Contrataciones del Estado tendrá que liberar de responsabilidad al contratista y no se le aplicará sanción administrativa, sin perjuicio que dicho hecho no dejará sin efecto la resolución contractual, debido que la única forma de cuestionar la resolución contractual es el Arbitraje.

Efectos de la vigencia de la norma que se propone sobre la legislación nacional

La presente iniciativa legislativa modifica la Ley 30225, Ley de Contrataciones del Estado y el Decreto Supremo N° 344-2018-EF Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado, en algunos extremos que se incorporen numerales, literales y párrafos, referente en cuanto a la suspensión del procedimiento administrativo sancionador cuando el contratista dejó consentir la resolución contractual, por lo que es pertinente modificar el artículo 50, 50.1, 59.1 de la Ley N° 30225, Ley de Contrataciones del Estado, y el artículo inciso b) del artículo 261.1 del Decreto Supremo N° 344-2018-EF, Reglamento de la Ley de Contrataciones del Estado.

Análisis costo beneficio

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable en la medida que no causa costo alguno al Estado.